كتابُ الحَوالَةِ والضَّمانِ

الحَوالَةُ ثابتَةٌ بالسُّنَّةِ ، والإجْمَاعِ . أما السُّنَّةُ ، فما رَوى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال / : « مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وإذا أُتْبِعَ أحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ١١٢/٤ظ
وفى لَفْظٍ : « مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ »[2] . وأجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على جَوازِ الحَوالَةِ فى الجُمْلَةِ ، واشْتِقَاقُها من تَحْوِيلِ الحَقِّ من ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ ، وقد قيل : إنَّها بَيْعٌ ، فإنَّ المُحِيلَ يَشْتَرِى ما فى ذِمَّتِه بمَالِه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، وجَازَ تأْخِيرُ القَبْضِ رُخْصَةً ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ على الرِّفْقِ ، فيَدْخُلُها خِيَارُ المَجْلِسِ لذلك . والصَّحِيح أنَّها عَقْدُ إرْفَاقٍ مُنْفرِدٌ بِنَفْسِه ، ليس بمَحْمُولٍ على غيرِه ؛ لأنَّها لو كانت بَيْعًا لمَا جَازَتْ ، لِكَوْنِها بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، ولما جازَ التَّفَرُّقُ[3] قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ مَالِ الرِّبَا بِجِنْسِه . ولَجَازَتْ بِلَفْظِ البَيْعِ ، ولَجَازَتْ بين جِنْسَيْنِ ، كالبَيْعِ كله . ولأنَّ لَفْظَها يُشْعِرُ بالتَّحَوُّلِ لا بالبَيْعِ ، فعلى هذا لا يَدْخُلُها خِيَارٌ ، وتَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وهذا أشْبَهُ بِكَلَامِ أحمدَ وأُصُولِه . ولا بُدَّ فيها من مُحِيلٍ ومُحْتَالٍ ومُحَالٍ عليه . ويُشْتَرَطُ فى صِحَّتِهَا رِضَى المُحِيلِ ، بلا خِلَافٍ ؛ فإنَّ الحَقَّ عليه ، ولا يَتَعَيَّنُ عليه جِهَةُ قَضَائِه . وأمَّا المُحْتَالُ والمُحَالُ عليه ، فلا يُعْتَبَرُ رِضَاهُما ، على ما سَنَذْكُرُه إن شاء اللهُ تعالى .

٨٢٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّه عَلَى مَنْ عَلَيْهِ مِثْلُ ذٰلِكَ الْحَقِّ ، فَرَضِيَ ، فَقَدْ بَرِئَ المُحِيلُ أَبَدًا)

ومن شَرْطِ صِحَّةِ الحَوالَةِ شُرُوطٌ أرْبَعَةٌ : أحدُها ، تَمَاثُلُ الحَقَّيْنِ ؛ لأنَّها تَحْوِيلٌ

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٨٩ .
(٢) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤٦٣ . والبيهقى ، فى : باب من أحيل على ملىء ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٧٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى مطل الغنى ودفعه ، من كتاب البيوع . المصنف ٧ / ٧٩ . والبزار ، فى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . كشف الأستار ٢ / ١٠٠ . والهيثمى ، فى : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤ / ١٣١ .
(٣) فى ب : « التصرف » .

لِلْحَقِّ ونَقْلٌ له ، فيَنْقَلُ على صِفَتِه ، ويُعْتَبَرُ تَمَاثُلُهما فى أُمُورٍ ثلاثةٍ : أحدُها ، الجِنْسُ . فَيُحِيلُ مَن عليه ذَهَبٌ بذَهَبٍ ، ومن عليه فِضَّةٌ بِفضَّةٍ . ولو أحَالَ من عليه ذَهَبٌ بِفضَّةٍ ، أو من عليه فِضَّةٌ بذَهَبٍ ، لم يَصِحَّ . الثانى ، الصِّفَةُ . فلو أحَالَ مَن عليه صِحَاحٌ بمُكَسَّرَةٍ ، أو من عليه مِصْرِيَّة بأَمِيرِيَّةٍ ، لم يَصِحَّ . الثالث ، الحُلُولُ والتَّأْجِيلُ . ويُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ أجَلِ المُؤَجَّلَيْنِ ، فإن كان أحَدُهُما حَالًّا والآخَرُ مُؤَجَّلًا ، أو أُجِّلَ أحَدُهما إلى شَهْرٍ والآخَرُ إلى شَهْرَيْنِ ، لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ . ولو كان الحَقَّانِ حَالَّيْنِ ، فشَرَطَ على المُحْتالِ أن يَقْبِضَ حَقَّهُ أو بَعْضَه بعدَ شَهْرٍ لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتأَجَّلُ ، ولأنَّه شَرَطَ ما لو كان ثَابِتًا فى نَفْسِ الأَمْرِ لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ ؛ فكذلك إذا شَرَطَهُ[1] . وإذا اجْتَمَعَتْ هذه الأُمُورُ ، وصَحَّت الحَوَالَةُ ، وتَرَاضَيَا بأن يَدْفَعَ المُحَالُ عليه[2] خَيْرًا من حَقِّه ، أو رَضِىَ المُحْتَالُ بدونِ الصِّفَةِ ، أو رَضِىَ مَن عليه المُؤَجَّلُ بتَعْجِيلِه ، أو رَضِىَ مَن له الحالُّ / بإنْظَارِهِ ، جازَ ؛ لأنَّ ذلك يجوزُ فى القَرْضِ ، ففى الحَوَالَةِ أَوْلَى . وإن مَاتَ المُحِيلُ ، أو المُحَالُ ، فالأَجَلُ بحَالِه . وإن مَاتَ المُحَالُ عليه ، ففى حُلُولِ الحَقِّ رِوَايَتَانِ ، مَضَى ذِكْرُهما . ١١٣/٤و

الشَّرْطُ الثانى ، أن تكونَ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ . ولا يُعْتَبَرُ أن يُحِيلَ بِدَيْنٍ [غيرِ][3] مُسْتَقِرٍّ ، إلا أن السَّلَمَ لا تَصِحُّ الحَوَالَةُ به ولا عليه ، لأن دَيْنَ السَّلَمِ ليس بمُسْتَقِرٍّ لكَوْنه بِعَرْضِ الفَسْخِ ، لِانْقِطَاعِ المُسْلَمِ فيه . ولا تَصِحُّ الحَوَالَةُ به ؛ لأنَّها لم تَصِحَّ إلَّا فيما يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، والسَّلَمُ لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فى شىءٍ ، فَلَا يَصْرِفْه إلَى غَيْرِهِ »[4] . ولا تَصِحُّ الحَوَالَةُ على المُكَاتَبِ بمالِ

---

(١) فى ب : « اشترطه » .

(٢) فى ب زيادة : « إليه » .

(٣) تكملة يصح بها المعنى .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٤١٧ .

الكِتَابَةِ ؛ لأنَّه غيرُ مُستَقِرٍّ ، فإنَّ له أن يَمْتَنِعَ من أدَائِه ، ويَسْقُطُ بِعَجْزِه . وتَصِحُّ الحَوَالَةُ عليه بِدَيْنٍ غيرِ دَيْنِ الكِتَابَةِ ؛ لأنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الأحْرَارِ فى المُدَايَنَاتِ . وإن أحَالَ المُكَاتَبُ سَيِّدَهُ بِنَجْمٍ قد حَلَّ عليه ، صَحَّ ، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ المُكَاتَبِ بالحَوَالَةِ ، ويكونُ ذلك بِمَنْزِلَةِ القَبْضِ . وإن أحَالَتِ المَرْأَةُ على زَوْجِهَا بِصَدَاقِها قبلَ الدُّخولِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ . وإن أحَالَها الزَّوْجُ به ، صَحَّ ؛ لأنَّ له تَسْلِيمَهُ إليها ، وحَوَالَتُه به تَقُومُ مقامَ تَسْلِيمِه . وإن أحَالَتْ به بعدَ الدُّخولِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مُسْتَقِرٌّ . وإن أحَالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، لم يَصِحَّ ، فى قِيَاسِ ما ذَكَرْنَا . وإن أحَالَهُ المُشْتَرِى به ، صَحَّ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الوَفَاءِ ، وله الوَفَاءُ قبلَ الاسْتِقْرَارِ . وإن أحَالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ ، لم يَتَبَيَّنْ أنَّ الحَوَالَةَ كانت بَاطِلَةً ؛ لأنَّ الثَّمَنَ كان ثَابتًا مُسْتَقِرًّا ، والبَيْع كان لَازِمًا ، وإنَّما ثَبَتَ الجَوَازُ عند العِلْمِ بالعَيْبِ بالنِّسْبَةِ إلى المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ الحَوَالَةُ ؛ لأنَّ سَبَبَ الجَوَازِ عَيْبُ المَبِيعِ ، وقد كان مَوْجُودًا وَقْتَ الحَوَالَةِ . وكلُّ مَوْضِعٍ أحَالَ مَن عليه دَيْنٌ غيرُ مُسْتَقِرٍّ به ، ثم سَقَطَ الدَّيْنُ ، كالزَّوْجَةِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُها بِسَبَبٍ من جِهَتِها ، أو المُشْتَرِى يَفْسَخُ البَيْعَ ويَرُدُّ المَبِيعَ ، فإن كان ذلك قبلَ القَبْضِ من المُحَالِ عليه ، ففيه وَجْهَانِ : أحدُهما ، تَبْطُلُ الحَوَالَةُ ؛ لعدمِ الفائِدَةِ فى بَقَائِها ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ بِدَيْنِه على المُحَالِ عليه . والثانى ، لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ عن المُحِيلِ ، فلم يَعُدْ إليه ، وثَبَتَ لِلْمُحْتَالِ فلم يَزُلْ عنه ، ولأنَّ الحَوَالَةَ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، فكأنَّ المُحِيلَ أقْبَضَ المُحْتَالَ دَيْنَه ، فيَرْجِعُ عليه به ، ويأْخُذُ المُحْتَالُ من المُحَالِ عليه . وسواءٌ تَعَذَّرَ القَبْضُ من المُحَالِ عليه أو / لم يَتَعَذَّرْ . وإن كان بعدَ القَبْضِ ، لم يَبْطُلْ ، وَجْهًا واحِدًا ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ على المُحْتَالِ به . (١١٣/٤ ظ)

فصل : وإن أحالَ من لا دَيْنَ له عليه رَجُلًا على آخَرَ له عليه دَيْنٌ ، فليس ذلك بحَوَالَةٍ ، بل هى وَكَالَةٌ تَثْبُتُ فيها أحْكامُها ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ مَأْخُوذَةٌ من تَحَوُّلِ الحَقِّ وانْتِقَالِه ، ولا حَقَّ هٰهُنا يَنْتَقِلُ ويَتَحَوَّلُ ، وإنَّما جازَتِ الوَكَالَةُ بِلَفْظِ الحَوَالَةِ ، لِاشْتِرَاكِهِمَا فى المَعْنَى ؛ وهو اسْتِحْقَاقُ الوَكِيلِ مُطَالَبَةَ مَن عليه الدَّيْنُ ، كاسْتِحْقَاقِ

المُحْتَالِ مُطَالَبَةَ المُحَالِ عليه ، وتَحَوُّلُ ذلك إلى الوَكِيلِ كَتَحَوُّلِه إلى المُحِيلِ . وإن أَحَالَ مَن عليه دَيْنٌ على مَن لا دَيْنَ عليه ، فليست حَوَالَةً أيضا . نَصَّ عليه أحمدُ . فلا يَلْزَمُ المُحَالَ عليه الأَدَاءُ ، ولا المُحْتَالَ قَبُولُ ذلك ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ مُعَاوَضَةٌ ، ولا مُعَاوَضَةَ هٰهُنا ، وإنَّما هو اقْتِرَاضٌ . فإن قَبَضَ المُحْتَالُ منه الدَّيْنَ ، رَجَعَ على المُحِيلِ ؛ لأنَّه قَرْضٌ . وإن أَبْرَأَهُ ولم يَقْبِضْ منه شيئا ، لم تَصِحَّ البَرَاءَةُ ؛ لأنَّها بَرَاءَةٌ لمن لا دَيْنَ عليه . وإن قَبَضَ منه الدَّيْنَ ، ثم وَهَبَهُ إيَّاهُ ، رَجَعَ المُحَالُ عليه على المُحِيلِ به ؛ لأنَّه قد غَرِمَ عنه ، وإنَّما عَادَ إليه المالُ بِعَقْدٍ مُسْتَأْنِفٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجِعَ عليه ، لكَوْنِه ما غَرِمَ عنه شيئا . وإن أَحَالَ مَن لا دَيْنَ عليه[5] [6]على مَن لا دَيْنَ عليه[6] فهى وَكَالَةٌ فى اقْتِرَاضٍ . ولَيْسَتْ حَوَالَةً ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ إنَّما تكونُ بِدَيْنٍ على دَيْنٍ ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ منهما .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ ، أن تَكُونَ بِمَالٍ مَعْلُومٍ ؛ لأنها إن كانت بَيْعًا فلا تَصِحُّ فى مَجْهُولٍ ، وإن كانت تَحَوُّلَ الحَقِّ فيُعْتَبَرُ فيها التَّسْلِيمُ ، والجَهَالَةُ تَمْنَعُ منه ، فتَصِحُّ بكلِّ ما يَثْبُتُ مثلُه فى الذِّمَّةِ بالإِتْلَافِ من الأَثْمَانِ والحُبُوبِ والأَدْهَانِ ، ولا تَصِحُّ[7] فيما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ومن شَرْطِ الحَوَالَةِ تَسَاوِى الدَّيْنَيْنِ . فأمَّا ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا غيرَ المِثْلِيَّاتِ ، كالمَذْرُوعِ والمَعْدُودِ ، ففى صِحَّةِ الحَوَالَةِ به وَجْهانِ : أحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ فيه لا يَتَحَرَّرُ ، ولهذا لا يَضْمَنُه بمِثْلِه فى الإِتْلَافِ ، وهذا ظَاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ . والثانى : تَصِحُّ. ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأنَّه حَقٌّ ثَابِتٌ فى الذِّمَّةِ ، فأَشْبَهَ مَالَهُ مِثْلٌ . ويَحْتَمِلُ أن يُخَرَّجَ هذانِ الوَجْهانِ على الخِلَافِ فيما يَقْتَضِى به قَرْضَ هذه الأَمْوالِ ، فإن كان عليه إِبِلٌ من الدِّيَةِ وله على آخَرَ مِثْلُها فى السِّنِّ ، فقال القاضِى : تَصِحُّ ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ بأَقَلِّ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ فى السِّنِّ والقِيمَةِ / وسَائِرِ ١١٤/٤ و

---

(٥) فى م : « عنه » .

(٦–٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) فى الأصل : « يصلح » .

الصِّفَاتِ . وقال أبو الخطَّاب : لا تَصِحُّ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّها مَجْهُولَةٌ ، ولأنَّ الإبِلَ ليست من المِثْلِيَّاتِ التى تُضْمَنُ بِمِثْلِهَا فى الإتْلَافِ ، ولا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا فى رِوَايَةٍ . وإن كان عليه إبِلٌ من دِيَةٍ ، وله على آخَرَ مِثْلُها قَرْضًا ، فأحَالَه عليه ، فإن قُلْنا : يَرُدُّ فى القَرْضِ قِيمَتَها . لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ ؛ لاخْتِلَافِ الجِنْسِ . وإن قُلْنا : يَرُدُّ مِثْلَها . اقْتَضَى قولُ القَاضِى صِحَّةَ الحَوَالَةِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ اسْتِيفاءُ الحَقِّ على صِفَتِه من المُحَالِ عليه ، ولأنَّ الخِيرَةَ فى التَّسْلِيمِ إلى مَن عليه الدَّيْنُ ، وقد رَضِىَ بِتَسْلِيمِ ماله فى ذِمَّةِ المُقْتَرِضِ . وإن كانت بالعَكْسِ ، فاحْتالَ المُقْرِضُ[8] بإبِلِ الدِّيَةِ ، لم تَصِحَّ ؛ لأنَّنا إن قُلْنا : تَجِبُ القِيمَةُ فى القَرْضِ . فقد اخْتَلَفَ الجِنْسُ . وإن قُلْنا : يَجِبُ المِثْلُ . فَلِلْمُقْرِضِ مثلُ ما أقْرَضَ فى صِفَاتِه وقِيمَتِه ، والذى عليه الدِّيَةُ لا يَلْزَمُهُ ذلك .

فصل : الشَّرْطُ الرابعُ ، أن يُحِيلَ بِرِضَائِه ؛ لأنَّ الحَقَّ عليه ، فلا يَلْزَمُه أداؤُه من جِهَةِ الدَّيْنِ الذى على المُحَالِ عليه ، ولا خِلَافَ فى هذا .

فإذا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُ الحَوَالَةِ وصَحَّتْ[9] ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحِيلِ ، فى قولِ عَامَّةِ الفُقَهاءِ ، إلَّا ما يُرْوَى عن الحسنِ ، أنَّه كان لا يَرَى الحَوَالَةَ بَرَاءَةً إلَّا أن يُبْرِئَهُ . وعن زُفَرَ أنَّه قال : لا تَنْقُلُ الحَقَّ . وأجْرَاهَا مَجْرَى الضَّمَانِ ، وليس بِصَحِيحٍ ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ مُشْتَقَّةٌ من تَحْوِيلِ الحَقِّ ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ ، فإنَّه مُشْتَقٌّ من ضَمِّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . فعُلِّقَ على كلِّ واحِدٍ مُقْتَضاهُ ، وما دَلَّ عليه لَفْظُهُ . إذا ثَبَتَ أن الحَقَّ انْتَقَلَ ، فمتى رَضِىَ بها المُحْتَالُ ، ولم يَشْتَرِطِ اليَسَارَ ، لم يَعُدِ الحَقُّ إلى المُحِيلِ أبَدًا ، سواءٌ أمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الحَقِّ ، أو تَعَذَّرَ لِمَطْلٍ أو فَلَسٍ أو مَوْتٍ أو غيرِ ذلك . هذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، وبه قال اللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وعن أحْمَدَ ما يَدُلُّ على أنَّه إذا كان المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، ولم يَعْلَمِ المُحْتَالُ بذلك ، فله الرُّجُوعُ ، إلَّا أن يَرْضَى بعدَ

---

(٨) فى ب : « المقترض » .

(٩) فى م : « وصحب » خطأ .

العِلمِ . وبه قال جَماعَةٌ من أصْحابِنا ، ونحوُه قولُ مَالِكٍ ؛ لأنَّ الفَلَسَ عَيْبٌ فى المُحَالِ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ ، [10] كما لو اشْتَرَى سِلْعَةً فوَجَدَها مَعِيبَةً ، ولأنَّ المُحِيلَ غَرَّهُ ، فكان له الرُّجُوعُ [10] ، كما لو دَلَّسَ المَبِيعَ . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ : متى أفْلَسَ أو ماتَ ، رَجَعَ على صَاحِبِه ، وقال أبو حنيفة : يَرْجِعُ عليه فى حَالَيْنِ ؛ إذا مَاتَ المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، وإذا جَحَدَهُ وحَلَفَ عليه [11] عند الحاكِمِ ، وقال أبو يوسف ومحمدٌ : يَرْجِعُ عليه فى هاتَيْنِ الحالَتَيْنِ ، / وإذا حُجِرَ عليه [11] لِفَلَسٍ ؛ لأنَّه رُوِىَ عن عثمانَ ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّه ، فماتَ المُحالُ عليه مُفْلِسًا فقال : يَرْجِعُ بِحَقِّه ، لا تَوًى [12] على مالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ لم يُسَلَّم العِوَضُ فيه لأحَدِ [13] المُتَعاوِضَيْنِ ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو اعْتَاضَ بثَوْبٍ فلم يُسَلَّمْ إليه . ولَنا ، أنَّ حَزْنًا جَدَّ سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، كان له على علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه دَيْنٌ ، فأحَالَهُ به ، فماتَ المُحالُ عليه ، فأخْبَرَهُ ، فقال : اخْتَرْتَ علينا ، أبْعَدَكَ اللهُ . فأبْعَدَهُ بمُجَرَّدِ احْتِيَالِه ، ولم يُخْبِرْهُ أنَّ له الرُّجُوعَ . ولأنَّها بَراءَةٌ من دَيْنٍ ليس فيها قَبْضٌ ممَّن عليه ، ولا ممَّن يَدْفَعُ عنه [14] ، فلم يكُنْ فيها رُجُوعٌ ، كما لو أبْرَأَهُ من الدَّيْنِ ، وحَدِيثُ عُثمانَ لم يَصِحَّ ، يَرْوِيهِ خَالِدُ بن جَعْفَرٍ عن مُعَاوِيَةَ بن قُرَّةَ عن عثمانَ ، ولم يَصِحَّ سَمَاعُه منه ، وقد رُوِىَ أنَّه قال : فى حَوالَةٍ أو كَفالَةٍ . وهذا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ، ولا يَصِحُّ ، ولو صَحَّ كان قولُ علىٍّ مُخالِفًا له . وقولُهم : إنَّه مُعَاوَضَةٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وهو مَنْهِىٌّ عنه ، ويُفَارِقُ المُعَاوَضَةَ بالثَّوْبِ ؛ لأنَّ فى ذلك قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرَارُ العَقْدِ عليه ، وهَٰهُنا الحَوَالَةُ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، وإلَّا كان بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

٤/١١٤ظ

(١٠ – ١٠) سقط من : ب .

(١١ – ١١) سقط من : ا . وهو فى الأصل ، ب ، م ، وفى م زيادة : « فى » فى أوله خطأ .

(١٢) التوى : الهلاك .

(١٣) فى ب : « لأجل » .

(١٤) فى ب : « عليه » .

فصل : فإن شرَطَ مَلاءَةَ المُحَالِ عليه ، فبَانَ مُعْسِرًا ، رَجَعَ على المُحِيلِ . وبه قال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ . وقال بعضُهم : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ لا تُرَدُّ بالإِعْسَارِ إذا لم يَشْتَرِطِ المَلاءَةَ ، فلا تُرَدُّ به ، وإن شَرَطَ ، كما لو اشْتَرَطَ كونه مُسْلِمًا ، ويُفَارِقُ البَيْعَ ؛ فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ بالإِعْسَارِ فيه من غيرِ شَرْطٍ ، بخِلَافِ الحَوَالَةِ . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »[15] . ولأنَّه شَرَطَ ما فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ فى عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فيَثْبُتُ الفَسْخُ بِفَوَاتِه[16] ، كما لو اشْتَرَطَ صِفَةً فى المَبِيعِ ، وقد يَثْبُتُ بالشَّرْطِ ما لا يَثْبُتُ بإطْلَاقِ العَقْدِ ، بدَلِيلِ اشْتِرَاطِ صِفَةٍ فى المَبِيعِ .

فصل : ولو لم يَرْضَ المُحْتَالُ بالحَوَالَةِ ، ثم بان المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، أو مَيِّتًا ، رَجَعَ على المُحِيلِ ، بلا خِلَافٍ ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُه الاحْتِيَالُ على غير مَلِيءٍ ، لما عليه فيه من الضَّرَرِ ، وإنَّما أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِقَبُولِ الحَوَالَةِ إذا أُحِيلَ على مَلِيءٍ ، ولو أحَالَهُ على مَلِيءٍ فلم يَقْبَلْ حتى أعْسَرَ ، فله الرُّجُوعُ أيضا ، على ظَاهِرِ قَوْلِ الخِرَقِيِّ ؛ لكَوْنِه اشْتَرَطَ فى بَرَاءَةِ المُحِيلِ إبْدَاءَ رِضَى المُحْتَالِ .

٨٢١ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيءٍ ، فَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أَنْ يَحْتَالَ**)

٤/١١٥و / المَلِيءُ : هو القَادِرُ على الوَفَاءِ . جاء فى الحَدِيثِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، [(1] أنَّه قال [1)] : « إنَّ اللهَ تَعَالَى يَقُولُ : مَنْ يُقْرِضِ المَلِيءَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ »[2] . وقال الشَّاعِرُ[3] :

تُطِيلِينَ لَيَّانِي وأَنْتِ مَلِيئَةٌ ... وأُحْسِنُ يا ذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى قَادِرَةٌ على وَفَائِى . والظَّاهِرُ أنَّ الخِرَقِيَّ أرَادَ بالمَلِيءِ هٰهُنا القَادِرَ على الوَفَاءِ غيرَ الجَاحِدِ ولا المُمَاطِلِ . قال أحمدُ فى تَفْسِيرِ المَلِيءِ ، كأنَّ المَلِيءَ عنده ، أن يكونَ مَلِيًّا

---

(١٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠ .

(١٦) فى ب : « لفواته » .

(١ – ١) سقط من : ا ، ب .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب الترغيب فى الدعاء والذكر ... ، من كتاب المسافرين . صحيح مسلم ١ / ٥٢٢ .

(٣) البيت لذى الرمة ، وهو فى ديوانه ٢ / ١٣٠٦ .

بمَالِه وقَوْلِه وبَدَنِه ونحو هذا . فإذا أُحِيلَ على مَن هذه صِفَتُه لَزِمَ المُحْتَالَ والمُحالَ عليه القَبُولُ ، ولم يُعْتَبَرْ رِضَاهُما . وقال أبو حنيفةَ : يُعْتَبَرُ رِضَاهُما ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ ، فيُعْتَبَرُ الرِّضَا من المُتَعَاقِدَيْنِ . وقال مَالِكٌ والشَّافِعِيُّ : يُعْتَبَرُ رِضَى المُحْتَالِ ؛ لأنَّ حَقَّه فى ذِمَّةِ المُحِيلِ ، فلا يجوزُ نَقْلُه إلى غيرِها بغيرِ رِضَاهُ ، كما لا يجوزُ أن يُجْبِرَهُ على أن يَأْخُذَ بالدَّيْنِ عَرْضًا . فأمَّا المُحَالُ عليه ، فقال مَالِكٌ : لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ، إلَّا أن يكونَ المُحْتَالُ عَدُوَّهُ . وللشَّافِعِيِّ فى اعْتِبَارِ رِضَائِه قَوْلَانِ ؛ أحَدُهما : يُعْتَبَرُ . وهو يُحْكَى عن الزُّهْرِىِّ ؛ لأنَّه أحَدُ من تَتِمُّ به الحَوَالَةُ ، فأشْبَهَ المُحِيلَ . والثانى : لا يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّه أقَامَه فى القَبْضِ مقَامَ نَفْسِه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضَى مَن عليه الحَقُّ ، كالتَّوْكِيلِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إذا أُتْبِعَ أحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ »[4] . ولأنَّ لِلْمُحِيلِ أن يُوَفِّىَ الحَقَّ الذى عليه بِنَفْسِه وبِوَكِيلِه ، وقد أقَامَ المُحالَ عليه مقَامَ نَفْسِه فى التَّقْبِيضِ فلَزِمَ المُحَالَ القَبُولُ ، كما لو وَكَّلَ رَجُلًا فى إيفَائِه ، وفَارَقَ ما إذا أرَادَ أن يُعْطِيَه عمَّا فى ذِمَّتِه عَرْضًا ؛ لأنَّه يُعْطِيه غيرَ ما وَجَبَ له ، فلم يَلْزَمْهُ قَبولُه .

فصل : إذا أحَالَ رَجُلًا على زَيْدٍ بألْفٍ ، فأحَالَهُ زيدٌ بها على عَمْرٍو ، فالحَوَالَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّ حَقَّ الثانى ثابتٌ مُسْتَقِرٌّ فى الذِّمَّةِ ، فصَحَّ أن يُحِيلَ به ، كالأوَّلِ . وهكذا لو أحَالَ الرَّجُلُ عَمْرًا على زيدٍ بما ثَبَتَ[5] له فى ذِمَّتِه ، صَحَّ أيضا ؛ لما ذَكَرْنا . وتَكَرُّرُ المُحْتَالِ والمُحِيلِ لا يَضُرُّ .

فصل : إذا اشْتَرَى عَبْدًا ، فأحالَ المُشْتَرِى البَائِعَ بالثَّمَنِ[6] ، ثم ظَهَرَ العَبْدُ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، والحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّه لا ثَمَنَ على المُشْتَرِى ، وإنما تَثْبُتُ حُرِّيَّتُه بِبَيِّنَةٍ أو اتِّفَاقِهم ، فإن اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحَالُ عليه على حُرِّيَّتِه ، وكَذَّبَهُما

---

(٤) فى ب زيادة : « متفق عليه » .

وتقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٨٩ .

(٥) فى ا ، ب ، م : « يثبت » .

(٦) فى ب : « بثمنه » .

المُحْتَالُ ، ولا بَيِّنَةَ بذلك ، لم يُقبَلْ قَوْلُهُما عليه ؛ لأنَّهما يُبْطِلَانِ حَقَّهُ ، أشْبَهَ[7] ما لو بَاعَ / المُشْتَرِى العَبْدَ ، ثم اعْتَرَفَ هو وبَائِعُه أنَّه كان حُرًّا ، لم يُقبَلْ قَوْلُهما على المُشْتَرِى الثانى ، وإن أقَامَا بَيِّنَةً ، لم تُسْمَعْ ؛ لأنَّهما كَذَّبَاهَا بدُخُولِهما فى التَّبَايُعِ . وإن أقَامَ العَبْدُ بَيِّنَةً بحُرِّيَّتِه ، قُبِلَتْ ، وبَطَلَتِ الحَوَالَةُ . وإن صَدَّقَهما المُحْتَالُ ، وادَّعَى أنَّ الحَوَالَةَ بغيرِ ثَمَنِ العَبْدِ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الحَوَالَةِ ، وهما يَدَّعِيَانِ بُطْلَانَها ، فكانت جَنْبَتُه أقْوَى . فإن أقَامَا البَيِّنَةَ أنَّ الحَوَالَةَ كانت بالثَّمَنِ ، قُبِلَتْ ؛ لأنَّهما لم يُكَذِّبَاها . وإن اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحْتَالُ على حُرِّيَّةِ العَبْدِ ، وكَذَّبَهُما المُحَالُ عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه فى حُرِّيَّةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه إقْرَارٌ على غيرِهما ، وتَبْطُلُ الحَوَالَةُ ؛ لِاتِّفَاقِ المَرْجُوعِ عليه بالدَّيْنِ والرَّاجِعِ به على اسْتِحْقَاقِ الرُّجُوعِ ، والمُحَالُ عليه يَعْتَرِفُ لِلْمُحْتَالِ بدَيْنٍ لا يُصَدِّقُه فيه ، فلا يَأْخُذُ منه شيئا . وإن اعْتَرَفَ المُحْتَالُ[8] والمُحَالُ عليه بحُرِّيَّةِ العَبْدِ عَتَقَ ؛ لإقْرَارِ مَن هو فى يَدِه بحُرِّيَّتِه ، وبَطَلَتِ الحَوَالَةُ بالنِّسْبَةِ إليهما ، ولم يكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لأنَّ دُخُولَه معه فى الحَوَالَةِ اعْتِرَافٌ بِبَرَاءَتِه ، فلم يكُنْ له الرُّجُوعُ عليه .

فصل : وإن اشْتَرَى عَبْدًا ، فأحَالَ المُشْتَرِى البَائِعَ بالثَّمَنِ على آخَرَ ، فقَبَضَهُ من المُحَالِ عليه ، ثم رَدَّ المُشْتَرِى العَبْدَ بعَيْبٍ ، أو مُقَايَلَةٍ ، أو اخْتِلَافٍ فى ثَمَنٍ ، فقد بَرِئَ المُحَالُ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَ منه بإذْنِه ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البَائِعِ . وإن رَدَّهُ قبلَ القَبْضِ ، فقال القاضى : تَبْطُلُ الحَوَالَةُ ، ويَعُودُ المُشْتَرِى إلى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ويَبْرَأُ البَائِعُ ، فلا يَبْقَى له دَيْنٌ ولا عليه ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ بالثَّمنِ ، وقد سَقَطَ بالفَسْخِ ، فيَجِبُ أن تَبْطُلَ الحَوَالَةُ لِذَهَابِ حَقِّه من المالِ المُحَالِ به . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ عَوَّضَ البَائِعَ عمَّا فى ذِمَّتِه مالَه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ونَقَلَ حَقَّهُ إليه نَقْلًا صَحِيحًا ، وبَرِئَ من الثَّمَنِ ، وبَرِئَ المُحَالُ عليه من دَيْنِ المُشْتَرِى ، فلم

---

(7) فى ب : « فأشبه » .

(8) فى الأصل : « المحال » .

يَبْطُلْ ذلك بِفَسْخِ العَقْدِ الأَوَّلِ ، كما لو أَعْطاهُ بالثَّمَنِ ثَوْبًا وسَلَّمَهُ إليه ، ثم فَسَخَ العَقْدَ ، لم يَرْجِعْ بالثَّوْبِ ، كذا هٰهُنا . فإن قُلْنا[9] ببُطْلانِ الحَوالَةِ ، رجع المُحِيلُ على المُحالِ عليه بدَيْنِه ، ولم يَبْقَ بينهما وبينَ البائعِ مُعامَلَةٌ . وإن قُلْنا[9] : لا تَبْطُلُ . رَجَعَ المُشْتَرِى على البائعِ بالثَّمَنِ ، ويأْخُذُه البَائِعُ من المُحَالِ عليه . فإن عادَ البَائِعُ فأَحالَ المُشْتَرِىَ[10] بالثَّمَنِ على مَن أَحَالَهُ المُشْتَرِى عليه ، صَحَّ وبَرِئَ البائعُ ، وعادَ المُشْتَرِى إلى غَرِيمِه بالثَّمَنِ[11] / وإن كانت المَسْأَلَةُ بحَالِها ، لكنْ أَحالَ البائعُ أَجْنَبِيًّا على المُشْتَرِى ، ثم رَدَّ العَبْدَ المَبِيعَ ، ففى الحَوالَةِ وَجْهانِ : أحدُهما ، لا تَبْطُلُ ؛ لأَنَّ ذِمَّةَ المُشْتَرِى بَرِئَتْ بالحَوالَةِ من حَقِّ البائعِ ، وصارَ الحَقُّ عليه لِلْأَجْنَبِىِّ المُحْتَالِ ، فأَشْبَهَ ما لو دَفَعَهُ المُشْتَرِى إلى المُحِيلِ ، فعلى هذا يَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائعِ بالثَّمَنِ ، ويُسَلِّمُ إلى المُحْتَالِ ما أَحالَهُ به . والثانى ، تَبْطُلُ الحَوالَةُ إن كان الرَّدُّ قبلَ القَبْضِ ، لِسُقُوطِ الثَّمَنِ الذى كانت الحَوالَةُ به ، ولأَنَّه لا فائِدَةَ فى بَقَاءِ الحَوالَةِ هٰهنا ، فيَعُودُ البائعُ بِدَيْنِه ، ويَبْرَأُ المُشْتَرِى منهما ، كالمَسْأَلةِ قبلَها ، وإذا قُلْنا : لا تَبْطُلُ . فأَحالَ المُشْتَرِى المُحالَ عليه بالثَّمنِ على البائعِ ، صَحَّ ، وبَرِئَ المُشْتَرِى منهما .

١١٦/٤و

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ على آخرَ دَيْنٌ ، فأَذِنَ لآخَرَ فى قَبْضِه ، ثم اخْتَلَفَ هو والمَأْذُونُ له ، فقال : وَكَّلْتُكَ فى قَبْضِ دَيْنِى بلَفْظِ التَّوْكِيلِ . فقال : بل أَحَلْتَنِى بلَفْظِ الحَوالَةِ . أو كانت بالعَكْسِ ، فقال : أَحَلْتُكَ بدَيْنِكَ . فقال : بل وَكَّلْتَنِى . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الوَكَالَةِ منهما مع يَمِينِه ؛ لأَنَّه يَدَّعِى بَقَاءَ الحَقِّ على ما كان ، ويُنْكِرُ انْتِقالَهُ ، والأَصْلُ معه ، فإن كان لأَحَدِهما بَيِّنَةٌ حُكِمَ بها ؛ لأَنَّ اخْتِلَافَهما فى اللَّفْظِ ، وهو مِمَّا يُمْكِنُ إقَامَةُ البَيِّنَةِ عليه . وإن اتَّفَقا على أنَّه قال : أَحَلْتُكَ بالمالِ الذى لى قِبَلَ زيدٍ . ثم اخْتَلَفَا ، فقال المُحِيلُ : إنَّما وَكَّلْتُكَ فى القَبْضِ لى . وقال الآخَرُ : بل أَحَلْتَنِى بدَيْنِى عليك . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ معه ، فإنَّ

(٩ – ٩) سقط من : م .

(١٠) فى م زيادة : « صح » .

(١١) سقط من : ا ، م .

اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ فى الحَوالَةِ دون الوَكالَةِ ، فيَجبُ حَمْلُ اللَّفْظِ على ظَاهِرِه ، كما لو اخْتَلَفا فى دَارٍ فى يَدِ أحَدِهما . والثانى ، القولُ قولُ المُحِيلِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاءُ حَقِّ المُحِيلِ على المُحَالِ[12] عليه ، والمُحْتَالُ يَدَّعِى نَقْلَه ، والمُحِيلُ يُنْكِرُه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يَحْلِفُ المُحْتَالُ ، ويَثْبُتُ حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ويَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ ، ويَسْقُطُ عن[13] المُحِيلِ . وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَحْلِفُ المُحِيلُ ، ويَبْقَى حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ : إن كان المُحْتَالُ قد قَبَضَ الحَقَّ من المُحَالِ عليه ، وتَلِفَ فى يَدِه ، فقد بَرِئَ كُلُّ واحِدٍ منهما من صَاحِبِه ، ولا ضَمَانَ عليه ، سواءٌ تَلِفَ بِتَفْرِيطِه أو غيرِه ؛ لأنَّه إن تَلِفَ بِتَفْرِيطٍ ، وكان المُحْتَالُ مُحِقًّا ، فقد أَتْلَفَ مَالَهُ / ، وإن كان مُبْطِلًا ، ثَبَتَ لكلِّ واحِدٍ منهما فى ذِمَّةِ الآخَرِ مثلُ ما فى ذِمَّتِه له ، فيَتَقَاصَّانِ ، ويَسْقُطَانِ . وإن تَلِفَ بغير تَفْرِيطٍ ، فالمُحَالُ[14] قد قَبَضَ حَقَّهُ ، وتَلِفَ فى يَدِه ، وبَرِئَ منه المُحِيلُ بالحَوالَةِ ، والمُحَالُ عليه بِتَسْلِيمِه[15] ، والمُحِيلُ يقول : قد تَلِفَ المالُ فى يَدِ وَكِيلِى بغيرِ تَفْرِيطٍ . فلا ضَمانَ عليه . وإن لم يَتْلَفْ ، احْتَمَلَ أن لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَبَهُ ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أنَّ له عليه من الدَّيْنِ مثلَ مَالَهُ فى يَدِه ، وهو مُسْتَحِقٌّ لِقَبْضِه ، فلا فَائِدَةَ فى أن يَقْبِضَه منه ثم يُسَلِّمه إليه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أَخْذَهُ منه ،[16] ويَمْلِكَ المُحْتَالُ مُطَالَبَتَهُ بدَيْنِه . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ أَخْذَهُ منه[16] ، ولا يَمْلِكُ المُحْتَالُ المُطَالَبَةَ بدَيْنِه ؛ لِاعْتِرَافِه ببَرَاءَةِ المُحِيلِ منه بالحَوالةِ[17] . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ المُحْتَالَ إن اعْتَرَفَ بذلك ، فهو يَدَّعِى أنَّه قَبَضَ هذا المالَ منه بغيرِ حَقٍّ ، وأنَّه يَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ به ، فعلى كلا الحالَيْنِ ، هو مُسْتَحِقٌّ لِلْمُطَالَبَةِ بمثلِ هذا المالِ المَقْبُوضِ منه ، فى قولهما جميعا ، فلا

١١٦/٤ ظ

---

(١٢) فى الأصل : « المحتال » .

(١٣) فى الأصل ، ا ، م : « على » .

(١٤) فى ب : « فالمحتال » .

(١٥) فى الأصل ، ا ، م : « بتسلمه » .

(١٦ - ١٦) سقط من : ب .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

وَجْهَ لإسْقَاطِه ، ولا مَوْضِعَ لِلْبيِّنَةِ فى هذه المَسْأَلَةِ ؛ لأنَّهما لا يَخْتَلِفَانِ فى لَفْظٍ يُسْمَعُ ، ولا فِعْلٍ يُرَى ، وإنَّما يَدَّعِى المُحِيلُ بَيِّنَةً ، وهذا لا تَشْهَدُ به البَيِّنَةُ نَفْيًا ولا إثْبَاتًا .

فصل : وإنْ كانت المَسْأَلَةُ بالعَكْسِ ، فقال : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فقال : بل وَكَّلْتَنِى . ففيها الوَجْهانِ أيضا ؛ لما قَدَّمْنَاهُ . فإن قُلْنا : القولُ قولُ المُحِيلِ . فحَلَفَ ، بَرِئَ من حَقِّ المُحْتَالِ ، ولِلْمُحْتَالِ قَبْضُ المالِ من المُحَالِ عليه لِنَفْسِه ؛ لأنَّه يجوزُ له ذلك بقولِهما معا ، فإذا قَبَضَه كان له بحَقِّه . وإن قُلْنا : القولُ قولُ المُحْتَالِ . فحَلَفَ كان له مُطَالَبَةُ المُحِيلِ بحَقِّه ، ومُطَالَبَةُ المُحْتَالِ عليه ؛ لأنَّه إمَّا وَكِيلٌ وإما مُحْتَالٌ . فإن قَبَضَ منه قبلَ أخْذِه من المُحِيلِ ، فله أخْذُ ما قَبَضَ لِنَفْسِه ؛ لأنَّ المُحِيلَ يقول : هو لك . والمُحْتَالُ يقول : هو أمَانَةٌ فى يَدِى ، ولى مِثْلُه على صَاحِبِه ، وقد أذِنَ لى[18] فى أخْذِه ضِمْنًا . فإذا أخَذَهُ لِنَفْسِه حَصَلَ غَرَضُه ، ولم يَأْخُذْ من المُحِيلِ شَيْئًا . وإن اسْتَوْفَى من المُحِيلِ ، رَجَعَ على المُحَالِ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه قد تَثْبُتُ الوَكَالَةُ بيَمِينِ المُحْتَالِ ، وبَقِىَ الحَقُّ فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه لِلْمُحِيلِ . والثانى ، لا يَرْجِعُ عليه ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ أنَّه قد بَرِئَ / من حَقِّه ، وإنما المُحْتَالُ ظَلَمَهُ بأَخْذِ ما كان عليه . قال القاضى : والأَوَّلُ أصَحُّ . وإن كان قد قَبَضَ الحَوَالَةَ ، فتَلِفَتْ فى يَدِه بتَفْرِيطٍ ، أو أتْلَفَها ، سَقَطَ حَقُّه على الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه إن كان مُحِقًّا فقد أتْلَفَ حَقَّهُ ، وإن كان مُبْطِلًا فقد أتْلَفَ مثلَ دَيْنِه ، فيَثْبُتُ فى ذِمَّتِه ويَتَقَاصَّانِ . وإن تَلِفَتْ بغير تَفْرِيطِه ، فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يَسْقُطُ حَقُّه أيضا ؛ لأنَّ مَالَهُ تَلِفَ تَحتَ يَدِه . وعلى الثانى ، له أن يَرْجِعَ على المُحِيلِ بحَقِّه ، وليس لِلْمُحِيلِ الرُّجُوعُ على المُحَالِ عليه ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ بِبَراءَتِه .

١١٧/٤ و

فصل : وإن اتَّفَقَا على أنَّ المُحِيلَ قال : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . ثم اخْتَلَفَا ، فقال أحَدُهما : هى حَوَالَةٌ بِلَفْظِها . وقال الآخَرُ : هى وَكَالَةٌ بِلَفْظِ الحَوَالَةِ . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوَالَةِ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ بدَيْنِه لا تَحْتَمِلُ الوَكَالَةَ ، فلم يُقْبَلْ قولُ

---

(١٨) فى ب : « له » .

مُدَّعِيها . وسواء اعْتَرَفَ المُحِيلُ بِدَيْنِ المُحْتَالِ ، أو قال : لا دَيْنَ لك عَلَيَّ . لأنَّ قوله : أحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . اعْتِرافٌ بِدَيْنِه ، فلا يُقْبَلُ جَحْدُهُ له بعدَ ذلك . فأمَّا إنْ لم يَقُلْ بِدَيْنِكَ ، بل قال : أحَلْتُكَ . ثم قال : ليس لك عَلَيَّ دَيْنٌ ، وإنما عَنَيْتُ التَّوْكِيلَ بلَفْظِ الحَوَالَةِ . أو قال : أَرَدْتُ أن أقولَ ، وَكَّلْتُكَ ، فسَبَقَ لِسَانِي فقلتُ : أحَلْتُكَ . وادَّعَى المُحْتَالُ أنَّها حَوَالَةٌ بِدَيْنِه ، وأنَّ دَيْنَهُ كان ثَابِتًا على المُحِيلِ ، فهل ذلك اعْتِرافٌ بالدَّيْنِ أو لا؟ فيه وَجْهَانِ ، سَبَقَ تَوْجِيهُهما .

فصل : وإذا كان لِرَجُلٍ دَيْنٌ على آخَرَ ، فطَالَبَهُ به ، فقال : قد أَحَلْتَ به عَلَيَّ فُلانًا الغائِبَ . وأنْكَرَ صَاحِبُ الدَّيْنِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وإن كانَ لمن عليه الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُه ، لإسْقَاطِ حَقِّ المُحِيلِ عليه . وإن ادَّعَى رَجُلٌ أنَّ فُلَانًا الغَائِبَ أحَالَنِي عليك ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فالقولُ قولُه . فإن أقَامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً ، ثَبَتَتْ فى حَقِّه وحَقِّ الغائِبِ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ يُقْضَى بها[19] على الغائِبِ ، ولَزِمَ الدَّفْعُ إلى المُحْتَالِ . وإن لم يكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فهل تَلْزَمُه اليَمِينُ ؟ فيه وَجْهانِ ، بناءً على ما لو اعْتَرَفَ له هل يَلْزَمُه الدَّفْعُ ؟[20] على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ[20] إليه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بِدَيْنِه عليه ، ووُجُوبِ دَفْعِه إليه ، فلَزِمَهُ الدَّفْعُ إليه ، كما لو كانت بَيِّنَةٌ . والثانى ، لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ من إنْكَارِ المُحِيلِ ورُجُوعِه عليه ، فكان له الاحْتِيَاطُ لِنَفْسِه ، كما لو ادَّعَى عليه أنِّى وَكِيلُ / فُلَانٍ فى قَبْضِ دَيْنِه منك ، فصَدَّقَهُ ، وقال : لا أدْفَعُه[21] إليك . فإذا قُلْنا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مع الإقْرارِ . لَزِمَتْهُ[22] اليَمِينُ مع الإنْكَارِ . فإذا حَلَفَ ، بَرِئَ ، ولم يكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لِاعْتِرَافِه بِبَرَاءَتِه . وكذلك إن قُلْنا : لا تَلْزَمُه اليَمِينُ . فليس لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ، ثم يُنْظَرُ فى المُحِيلِ ، فإن صَدَّقَ

١١٧/٤ ظ

---

(١٩) فى م : « به » .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى م : « أدفعك » .

(٢٢) فى الأصل ، ا ، م : « لزمه » .

المُدَّعِى فى أنّه أحالَهُ ، ثَبَتَتِ الحَوَالَةُ له ؛ لأَنَّ رِضَى المُحَالِ عليه لا يُعْتَبَرُ . وإن أنْكَرَ الحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وسَقَطَ حُكْمُ الحَوَالَةِ . وإن نَكَلَ المُحَالُ عليه عن اليَمِينِ ، فقُضِىَ عليه بالنُّكُولِ واسْتُوفِىَ الحَقُّ منه ، ثم إن المُحِيلَ صَدَّقَ المُدَّعِى ، فلا كَلَامَ . وإن أنْكَرَ الحَوَالَةَ ، فالقولُ قولُه ، وله أن يَسْتَوْفِىَ من المُحَالِ عليه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ له بالحَقِّ ويَدَّعِى أنَّ المُحْتَالَ ظَلَمَهُ ، ويَبْقَى دَيْنُ المُحْتَالِ على المُحِيلِ . وإن كان المُحِيلُ يُنْكِرُ أنَّ له عليه دَيْنًا ، فالقولُ قولُه بغير يَمِينٍ ؛ لأنَّ المُحْتَالَ يُقِرُّ ببَرَاءَتِه منه ، لِاسْتِيفَائِه من المُحَالِ عليه . وإن كان المُحِيلُ يَعْتَرِفُ به ، لم يكُنْ لِلْمُحْتَالِ المُطَالَبَةُ به ؛ لأنَّه يُقِرُّ بأنَّه قد بَرِئَ منه بالحَوَالَةِ ، والمُحِيلُ يُصَدِّقُ المُحَالَ عليه فى كَوْنِ المُحْتَالِ قد ظَلَمَهُ ، واسْتَوْفَى منه بغير حَقٍّ ، والمُحْتَالُ يَزْعُمُ أنَّ المُحِيلَ قد أخَذَ منه أيضا بغيرِ حَقٍّ ، وأنه يَجِبُ عليه أن يَرُدَّ ما أخَذَهُ منه إليه ، فيَنْبَغِى أن يَقْبِضَهَا المُحْتَالُ ، ويُسَلِّمَهَا إلى المُحَالِ عليه ، أو يَأْذَنَ لِلْمُحِيلِ فى دَفْعِها إلى المُحَالِ عليه . وإن صَدَّقَ المُحَالُ عليه المُحْتَالَ فى الحَوَالَةِ ، ودَفَعَ إليه ، فأنْكَرَ المُحِيلُ الحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، ورَجَعَ على المُحَالِ عليه . والحُكْمُ فى الرُّجُوعِ بما على المُحِيلِ من الدَّيْنِ على ما ذَكَرْنَا فى التى قبلَها .

فصل : فإن كان عليه أَلْفٌ ضَمِنَهُ رَجُلٌ ، فأحَالَ الضَّامِنُ صَاحِبَ الدَّيْنِ به ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه وذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ كالتَّسْلِيمِ ، ويكونُ الحُكْمُ هٰهُنا كالحُكْمِ فيما لو قَضَى عنه الدَّيْنَ . فإن كان الأَلْفُ على رَجُلَيْنِ ، على كلِّ واحِدٍ منهما خَمْسُمائةٍ ، وكلُّ واحِدٍ كَفِيلٌ عن الآخرِ بذلك ، فأحَالَهُ أحدُهما بالأَلْفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهما معا ، كما لو قَضَاهَا . وإن أحَالَ صَاحِبُ الأَلْفِ رَجُلًا على أحَدِهِما بعَيْنِه بالأَلْفِ ، صَحَّتِ الحَوَالَةُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ على كلِّ واحِدٍ منهما مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ عليهما جَمِيعًا ، لِيَسْتَوْفِىَ منهما ، أو من أيِّهما شَاءَ ، صَحَّتِ الحَوَالَةُ أيضا عند القاضى ؛ لأنَّه لا فَضْلَ هٰهُنا فى نَوْعٍ ولا أجَلٍ ولا عَدَدٍ ، وإنَّما هو / زِيَادَةُ اسْتِيثَاقٍ ، فلم يَمْنَعْ ذلك صِحَّةَ الحَوَالَةِ ، كحَوَالَةِ المُعْسِرِ على المَلِيءِ . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : لا تَصِحُّ الحَوَالَةُ ؛ لأنَّ

١١٨/٤ و

الفَضْلَ قد دَخَلَها ، فإنَّ المُحْتالَ ارْتَفَقَ بالتَّخْيِيرِ بالاسْتِيفَاءِ منهما ، أو مِن أيِّهما شاءَ ، فأشْبَهَ ما لو أحَالَهُ على رَجُلَيْنِ له على كلٍّ واحِدٍ منهما أَلْفٌ لِيَسْتَوْفِيَ من أيِّهما شاءَ . والأَوَّلُ أصَحُّ . والفَرْقُ بين هذه المَسْأَلَةِ ، وبين ما إذا أحَالَهُ بأَلْفَيْنِ ، أنَّه لا فَضْلَ بينهما فى العَدَدِ هٰهُنا ، وثَمَّ تَفَاضَلَا فيه ، ولأنَّ الحَوَالَةَ هٰهُنا بِأَلْفٍ مُعَيَّنٍ ، وثَمَّ الحَوَالَةُ بأَحَدِهِما من غيرِ تَعْيِينٍ ، وأنَّه إذا قَضَاهُ أحَدُهما الأَلْفَ فقد قَضَى جَمِيعَ الدَّيْنِ ، وثَمَّ إذا قَضَى أحَدُهما بَقِيَ ما على الآخرِ ، ولو لم يكُنْ كلُّ واحِدٍ من الرَّجُلَيْنِ ضَامِنًا عن صَاحِبه ، فأحَالَ عليهما ، صَحَّتِ الحَوَالَةُ بغير إشْكَالٍ ؛ لأنَّه لمَّا كان له أن يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ من واحِدٍ ، كان له أن يَسْتَوْفِيَ من اثْنَيْنِ ، كالوَكِيلَيْنِ .

بابُ الضَّمانِ[1]

٨٢٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْهُ حَقٌّ بَعْدَ وُجُوبِهِ ، أوْ قَالَ : مَا أعْطَيْتَهُ فهُوَ عَلَىَّ . فَقَدْ لَزِمَهُ مَا صَحَّ أنَّه أعْطَاهُ)

الضَّمَانُ : ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه فى الْتِزَامِ الحَقِّ . فيَثْبُتُ فى ذِمَّتِهِمَا جَمِيعًا ، ولِصَاحِبِ الحَقِّ مُطالَبَةُ من شاءَ منهما ، واشْتِقَاقُه من الضَّمِّ . وقال القاضى : هو مُشْتَقٌّ من التَّضْمِينِ[2] ؛ لأنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَتضَمَّنُ الحَقَّ . والأصْلُ فى جَوَازِه ، الكِتابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ ، أمَّا الكِتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[3] . وقال ابنُ عَبَّاسٍ : الزَّعِيمُ الكَفِيلُ . وأمَّا السُّنَّةُ فما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الزَّعِيمُ غارِمٌ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[4] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، ورَوَى البُخَارِىُّ[5] ، عن سَلَمَةَ ابن الأكْوَعِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أُتِىَ بِرَجُلٍ لِيُصَلِّىَ عليه ، فقال : هل عليه دَيْنٌ ؟ قالوا : نعم ، دِينَارَانِ . قال : هل تَرَكَ لهما وَفَاءً ؟

---

(١) هذا العنوان من : م وحدها . وسبق عنوان : « كتاب الحوالة والضمان » .

(٢) فى الأصل ، ا ، م : « الضمين » .

(٣) سورة يوسف ٧٢ .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٥) فى : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة ، وفى : باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع ، من كتاب الكفالة . صحيح البخارى ٣ / ١٢٤ ، ١٢٦ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٤٧ ، ٥ / ٢٩٧ ، ٣٠٤ .

قالوا : لا ، فتأخَّرَ ، فقِيل : لم لا تُصَلِّى[٦] عليه ؟ : فقال : « مَا تَنْفَعُه صَلَاتِى وَذِمَّتُهُ مَرْهُونَةٌ ؟ ألا[٧] قامَ أحَدُكُم فضَمِنَهُ » . فقام أبو قَتادَةَ ، فقال : هما عَلَىَّ يا رسولَ اللهِ ، فصَلَّى عليه النَّبِىُّ ﷺ . وأجْمَعَ المُسلمونَ على جَوازِ الضَّمَانِ فى الجُمْلَةِ . وإنما اخْتَلَفُوا فى فُرُوعٍ نَذْكُرُها إن شاءَ اللهُ تعالى . إذا ثَبتَ هذا ، فإنَّه يقال : ضَمِينٌ ، وكَفِيلٌ ، وقَبِيلٌ ، وحَمِيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ ، بِمَعْنًى واحِدٍ . ولابُدَّ فى الضَّمَانِ من ضَامِنٍ ، ومَضْمُونٍ عنه ، ومَضْمُونٍ له . ولابُدَّ من رِضَى الضَّامِنِ ، فإنْ أُكْرِهَ على الضَّمَانِ لم يَصِحَّ ، ولا يُعْتَبَرُ رِضَى المَضْمُونِ عنه / . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . لأنَّه لو قَضَى الدَّيْنُ عنه بغير إذْنِه ورِضاهُ صَحَّ ، فكذلك إذا ضُمِنَ عنه . ولا يُعْتَبَرُ رِضَى المَضْمُونِ له . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّه إثْبَاتُ مَالٍ لآدَمِىٍّ ، فلم يَثْبُتْ إلَّا بِرِضَاهُ أو رِضَى من يَنُوبُ عنه ، كالبَيْعِ والشِّرَاءِ . وعن أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أن أبا قَتَادَةَ ضَمِنَ من غيرِ رِضَى المَضْمُونِ عنه ، فأجَازَهُ النَّبِىُّ ﷺ ، وكذلك رُوِىَ عن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، ولأنَّها وَثِيقَةٌ لا يُعْتَبَرُ فيها قَبْضٌ ، فأشْبَهتِ الشَّهادَةَ ، ولأنَّه ضَمانُ دَيْنٍ ، فأشْبَهَ ضَمانَ بعضِ الوَرَثَةِ دَيْنَ المَيِّتِ لِلْغَائِبِ ، وقد سَلَّمُوهُ .

١١٨/٤ ظ

فصل : ولا يُعْتَبَرُ أن يَعْرِفَهُما الضَّامِنُ . وقال القاضى : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهما ، لِيَعْلَمَ هل المَضْمُونُ عنه أَهْلٌ لِاصْطِنَاعِ المَعْرُوفِ إليه أولا ؟ ولِيَعْرِفَ المَضْمُونَ له ، فيُؤَدِّىَ إليه . وذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ له لذلك . ولا تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لا مُعَامَلَةَ بينَه وبينَه . ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ثَلَاثَةُ أوْجُهٍ نحو هذه[٨] . ولَنا ، حَدِيثُ عَلِىٍّ وأبِى قَتادَةَ ، فإنَّهما ضَمِنَا لمن لم يَعْرِفَاهُ عَمَّنْ لم يَعْرِفَاهُ . ولأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزَامِ مَالٍ ، فلم يُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ من يَتَبَرَّعُ له به ، كالنَّذْرِ .

فصل : وقد دَلَّتْ مَسْأَلَةُ الخِرَقِىِّ على أحْكامٍ ؛ منها ، صِحَّةُ ضَمانِ المَجْهُولِ ؛

---

(٦) فى النسخ : « تصل » .

(٧) فى م زيادة : « إن » .

(٨) فى ب : « هذا » .

لقوله : مَا أَعْطَيْتَهُ فَهُوَ عَلَيَّ . وهذا مَجْهُولٌ فمتى قال : أنا ضَامِنٌ لك مَالَكَ على فُلَانٍ ، أو ما يُقْضَى به عليه ، أو ماتَقُومُ به البَيِّنَةُ ، أو يُقِرُّ به لك ، أو ما يَخْرُجُ فى رُوزِ مَا نَجك[9]. صَحَّ الضَّمَانُ . وبهذا قال أبو حنيفة ومالِكٌ . وقال الثَّوْرِيُّ ، واللَّيْثُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشَّافِعِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لَا يَصِحُّ ؛ لأنَّه الْتِزَامُ مَالٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كالثمَنِ فى المَبِيعِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ، وحِمْلُ البَعِيرِ غيرُ مَعْلُومٍ ؛ لأنَّ حِمْلَ البَعِيرِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِه ، وعُمُومُ قولِه عليه السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ، ولأنَّه الْتِزَامُ حَقٍّ فى الذِّمَّةِ من غير مُعَاوَضَةٍ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والإِقْرَارِ ، ولأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه بِضَرَرٍ[10] وخَطَرٍ ، وهو ضَمَانُ العُهْدَةِ . وإذا قال : أَلْقِ مَتَاعَكَ فى البَحْرِ ، وعَلَيَّ ضَمَانُه . أو قال : ادْفَعْ ثِيَابَكَ إلى هذا الرَّفَّاءِ ، وعَلَيَّ ضَمَانُها . فَصَحَّ المَجْهُولُ ، كالعِتْقِ والطَّلَاقِ . ومنها ، صِحَّةُ ضَمَانِ ما لم يَجِبْ ، فإنَّ مَعْنَى قولِه : « ما أَعْطَيْتَهُ » ، (11أى ما يُعْطِيه11) فى المُسْتَقْبَلِ ، بِدَلِيلِ أنَّه عَطَفَهُ على مَن ضُمِنَ عنه حَقٌّ بعدَ وُجُوبِه عليه ، فيَدُلُّ على أنَّه غيرُه ، ولو كان / « ما أَعْطَيْتَهُ » فى الماضِى ، كان مَعْنَى المَسْأَلَتَيْنِ سواءً ، أو إحْدَاهُما دَاخِلَةً فى الأُخْرَى . والخِلَافُ فى هذه المَسْأَلَةِ ودَلِيلُ القَوْلَيْنِ ، كالتى قبلَها ، إلَّا أنَّهم قالوا : الضَّمَانُ ضَمُّ ذِمَّةٍ[12] إلى ذِمَّةٍ فى الْتِزَامِ الدَّيْنِ ، فإذا لم يكُنْ على المَضْمُونِ عنه شىءٌ ، فلا ضَمَّ فيه ، فلا يكونُ ضَمَانًا . قُلْنا : قد ضَمَّ ذِمَّتَهُ[13] إلى ذِمَّةِ المَضمونِ عنه فى أنَّه يَلْزَمُه ما يلزمُه ، وأنَّ ما يَثْبُتُ[14] فى ذِمَّةِ مَضْمُونِه يَثْبُتُ فى ذِمَّتِه . وهذا كَافٍ . وقد سَلَّمُوا ضَمَانَ ما يُلْقِيهِ فى البَحْرِ قبلَ وُجُوبِه بقولِه : أَلْقِ مَتَاعَكَ فى البَحْرِ ، وعَلَيَّ ضَمَانُه . وسَلَّمَ أَصْحابُ الشَّافِعِيِّ فى أَحَدِ

٤/ا

---

(٩) كذا فى النسخ : « روزمانجك » .

والروزنامة : كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور على مدار السنة .

(١٠) فى ب : « بغرر » .

(١١ – ١١) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(١٢) فى ب زيادة : « الضامن » .

(١٣) من هنا إلى قوله : « فى ذمته » الآتى سقط من : ب .

(١٤) فى الأصل ، ب ، م : « ثبت » .

الوَجْهَيْنِ ضَمَانَ الجُعْلِ فى الجُعَالَةِ قبلَ العَمَلِ ، وما وَجَبَ شَىْءٌ بعدُ . ومنها ، أنَّ الضَّمَانَ إذا صَحَّ لَزِمَ الضَّامِنَ أداءُ ما ضَمِنَهُ ، وكان للْمَضْمُونِ[١٥] له مُطَالَبَتُهُ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وهو فائِدَةُ الضَّمانِ ، وقد دَلَّ قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « والزَّعِيمُ غارِمٌ » . واشْتِقاقُ اللَّفْظِ . ومنها ، صِحَّةُ الضَّمانِ عن كلِّ غَرِيمٍ[١٦] وَجَبَ عليه حَقٌّ ، حَيًّا كان أو مَيِّتًا ، مَلِيئًا أو مُفلِسًا ؛ لِعُمُومِ لَفْظِه فيه . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ ، إلَّا أن يَخْلُفَ وَفاءً ، فإن خَلَفَ بعضَ الوَفاءِ ، صَحَّ ضَمانُه بِقَدْرِ ما خَلَفَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ساقِطٌ ، فلم يَصِحَّ ضَمانُه ، كما لو سَقَطَ بالإِبْراءِ ، ولأنَّ ذِمَّتَهُ قد خَرِبَتْ خَرابًا لا تَعْمُرُ بعدَه ، فلم يَبْقَ فيها دَيْنٌ ، والضَّمانُ : ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ فى الْتِزامِه . ولَنا ، حَدِيثُ أبى قَتادَةَ وعلىٍّ ، فإنَّهما ضَمِنَا دَيْنَ مَيِّتٍ لم يَخْلُفْ وَفاءً . والنَّبِىُّ ﷺ حَضَّهُم على ضَمانِه فى حَدِيثِ أبى قَتادَةَ ، بقولِه : « ألَا قامَ أحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » وهذا صَرِيحٌ فى المَسْأَلَةِ ، ولأنَّه دَيْنٌ ثابِتٌ ، فصَحَّ ضَمانُه ، كما لو خَلَفَ وَفاءً ، وَدَلِيلُ ثُبُوتِه أنَّه لو تَبَرَّعَ رَجُلٌ بقَضاءِ دَيْنِه ، جازَ لِصاحِبِ الدَّيْنِ اقْتِضاؤُه ، ولو ضَمِنَهُ حَيًّا ثم ماتَ ، لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، ولو بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، وفى هذا انْفِصالٌ عما ذَكَرُوهُ . ومنها ، صِحَّةُ الضَّمانِ فى كلِّ حَقٍّ ، أعْنِى من الحُقُوقِ المالِيَّةِ الواجِبَةِ ، أو التى تَؤُولُ إلى الوُجُوبِ ، كثَمَنِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ وبعدَه ، والأُجْرَةِ والمَهْرِ قبلَ الدُّخُولِ وبعدَه[١٧] ؛ لأنَّ هذه الحُقُوقَ لازِمَةٌ ، وجَوازُ سُقُوطِها لا يَمْنَعُ ضَمانَها ، كالثَّمَنِ فى المَبِيعِ بعدَ انْقِضاءِ الخِيارِ ، ويجوزُ أن يَسْقُطَ بِرَدِّهِ[١٨] بِعَيْبٍ أو مُقايَلَةٍ . وبهذا كلِّه قال الشَّافِعِىُّ .

٤/١١٩ظ **فصل** : فيما يَصِحُّ ضَمانُه / : ويَصِحُّ ضَمانُ الجُعْلِ فى الجُعَالَةِ ، وفى المُسابَقَةِ

---

(١٥) فى م : « المضمون » .

(١٦) فى م : « من » .

(١٧) فى الأصل ، ا ، م : « أو بعده » .

(١٨) فى ا ، م : « برد » .

والمُناضَلَةِ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ : لا يَصِحُّ ضَمَانُه ؛ لأنَّه لا يَؤُولُ إلى اللُّزُومِ ، فلم يَصِحّ ضَمَانُه ، كمَالِ الكِتَابَةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ . ولأنَّه يَؤُولُ إلى اللُّزُومِ إذا عَمِلَ العَمَلَ ، وإنَّما الذى لا يَلْزَمُ العَمَلُ ، والمالُ يَلْزَمُ بِوُجُودِه ، والضَّمَانُ لِلْمَالِ دون العَمَلِ . ويَصِحُّ ضَمَانُ أَرْشِ الجِنَايَةِ ، سواءٌ كانت نُقُودًا كقِيَمِ المُتْلَفاتِ ، أو حَيوانًا كالدِّياتِ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يَصِحُّ ضَمَانُ الحَيَوانِ الواجِبِ فيها ؛ لأنَّه مَجْهولٌ . وقد مَضَى الدَّلِيلُ على صِحَّةِ ضَمَانِ المَجْهُولِ ، ولأنَّ الإِبِلَ الوَاجِبَةَ فى الذِّمَّةِ مَعْلُومَةُ الأَسْنَانِ والعَدَدِ ، وجَهالَةُ اللَّوْنِ أو غيرِه من الصِّفَاتِ البَاقِيَةِ لا تَضُرُّ ؛ لأنَّه إنما يَلْزَمُهُ أَدْنَى لَوْنٍ أو صِفَةٍ فتَحْصُلُ مَعْلُومَةً ، وكذلك غيرُها من الحَيَوانِ ، ولأنَّ جَهْلَ ذلك لم يَمْنَعْ وُجُوبَه بالإِتْلَافِ ، فلم يَمْنَعْ وُجُوبَهُ بالالْتِزَامِ . ويَصِحُّ ضَمَانُ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، سواءٌ كانت نَفَقَةَ يَوْمِها أو مُسْتَقْبَلَةً ؛ لأنَّ نَفَقَةَ اليَوْمِ وَاجِبَةٌ ، والمُسْتَقْبَلَةَ مآلُها إلى اللُّزُومِ ، ويَلْزَمُه ما يَلْزَمُ الزَّوْجَ فى قِيَاسِ المَذْهَبِ . وقال القاضِى : إذا ضَمِنَ نَفَقَةَ المُسْتَقْبَلِ ، لم تَلْزَمْهُ إلَّا نَفَقَةُ المُعْسِرِ ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ على ذلك تَسْقُطُ بالإِعْسَارِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ على القولِ الذى [19] قال فيه : يَصِحُّ [19] ضَمَانُها . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ ضَمانُ ما لم يَجِبْ ، واحْتِمالُ عَدَمِ وُجُوبِ الزِّيَادَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمَانِها ، بِدَلِيلِ الجُعْلِ فى الجُعَالَةِ ، والصَّدَاقِ قبلَ الدُّخُولِ ، والمَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ . فأمَّا النَّفَقَةُ فى الماضِى ، فإن كانت وَاجِبَةً ، إمَّا بحُكْمِ الحَاكِمِ بها ، أو قُلْنا : بِوُجُوبِها بدون حُكْمِه ، صَحَّ ضَمَانُها ، وإلَّا فلا . ويَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ السَّلَمِ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . والأُخْرَى لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى اسْتِيفَاءِ المُسْلَمِ فيه من [20] غيرِ المُسْلَمِ إليه ، فلم يَجُزْ ، كالحَوالَةِ به . والأُولَى [21] أصَحُّ ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَازِمٌ فَصَحَّ ضَمَانُه ، كالأُجْرَةِ وثَمَنِ المَبِيعِ . ولا يَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ الكِتَابَةِ ، فى

(19 - 19) فى ب : « فارقه بصحة » .

(20) سقط من : ا .

(21) فى م : « والأول » .

إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ وأَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . والأُخْرَى : يَصِحُّ ؛ لأنَّه دَيْنٌ على المُكَاتَبِ ، فَصَحَّ ضَمَانُه ، كسَائِرِ الدُّيُونِ عليه . والأُولَى أَصَحُّ ؛ لأنَّه ليس بِلَازِمٍ . ولا مَآلُه إلى اللُّزُومِ ، فإنَّ لِلْمُكَاتَبِ تَعْجِيزَ نَفْسِه ، والامْتِنَاعَ من[22] أَدَائِه ، فإذا لم يَلْزَم الأَصِيلَ ، فالضَّمِينُ أَوْلَى . ويَصِحُّ ضَمَانُ الأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ ، كالمَغْصُوبِ والعَارِيَّةِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ فى أَحَدِ القَوْلَيْنِ[23] ، وقال فى الآخَرِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأَعْيانَ غيرُ / ثَابِتَةٍ فى الذِّمَّةِ ، وإنما يُضْمَنُ ما ثَبَتَ فى الذِّمَّةِ ، وَوَصْفُنَا لها بالضَّمَانِ إنَّما مَعْناهُ أنه يَلْزَمُه قِيمَتُها إن تَلِفَتْ ، والقِيمَةُ مَجْهُولَةٌ . ولَنا ، أنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى يَدِه ، فصَحَّ ضَمَانُها ، كالحُقُوقِ الثَّابِتَةِ فى الذِّمَّةِ . وقولُهم : إنَّ الأَعْيَانَ لا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ . قُلْنا : الضَّمَانُ فى الحَقِيقَةِ إنَّما هو ضَمَانُ اسْتِنْقَاذِهَا ورَدِّهَا ، والْتِزَامُ تَحْصِيلِها أو قِيمَتِهَا عند تَلَفِهَا . وهذا ممَّا يَصِحُّ ضَمَانُه ، كعُهْدَةِ المَبِيعِ ، فإنَّ ضَمَانَها يَصِحُّ ، وهو فى الحَقِيقَةِ الْتِزَامُ رَدِّ الثمَنِ أو عِوَضِه ، إن ظَهَرَ بالبَيْعِ عَيْبٌ ، أو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فأمَّا الأَمَانَاتُ ، كالوَدِيعَةِ ، والعَيْنِ المُؤْجَرَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والمُضَارَبَةِ ، والعَيْنِ التى يَدْفَعُها إلى القَصَّارِ والخَيَّاطِ ، فهذه إن ضَمِنَها من غيرِ تَعَدٍّ فيها ، لم يَصِحَّ ضَمَانُها ؛ لأنَّها غيرُ مَضْمُونَةٍ على مَن هى فى يَدِه ، فكذلك على ضَامِنِه[24] . وإن ضَمِنَها إن تَعَدَّى فيها ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، يَدُلُّ على صِحَّةِ الضَّمَانِ ؛ فإنَّه قال فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ ، فى رَجُلٍ يَتَقَبَّلُ من النَّاسِ الثِّيَابَ ، فقال له رَجُلٌ : ادْفَعْ إليه ثِيَابَكَ ، وأنا ضَامِنٌ . فقال له[25] : هو ضَامِنٌ لما دَفَعَهُ إليه . يَعْنِى إذا تَعَدَّى أو تَلِفَ بِفِعْلِه . فعلى هذا إن تَلِفَ بغير تَفْرِيطٍ منه ولا فِعْلِه ، لم يَلْزَمِ الضَّامِنَ شَىْءٌ ، لما ذَكَرْنَا ، وإن تَلِفَ بِفِعْلِه أو تَفْرِيطٍ لَزِمَهُ ضَمَانُها ، ولَزِمَ ضَامِنَهُ ذلك ؛ لأنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى

١٢٠/٤و

---

(٢٢) فى م : « عن » .

(٢٣) فى ا ، ب : « الوجهين » .

(٢٤) فى م : « ضامنها » .

(٢٥) سقط من : ب .

يَده ، فَلَزِمَ[٢٦] ضَامِنهُ ، كالـغُصُوبِ[٢٧] والعَـوارِى . وهـذا فى الحَقِيقَـةِ ضَمَانُ ما لم يَجِبْ ، وقد بَيَّنَّا جَوازَهُ . ويَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ المَبِيعِ عن البَائِعِ لِلْمُشْتَرِى ، وعن المُشْتَرِى لِلْبَائِعِ ، فضَمَانُه على المُشْتَرِى هو أن يَضْمَنَ الثَّمَنَ الوَاجِبَ بالبَيْعِ قبـل تَسْلِيمِه ، وإن ظَهَرَ فيه عَيْبٌ أو اسْتُحِقَّ ، رَجَعَ بذلك على الضَّامِنِ ، وضَمَانُه عن البَائِعِ لِلْمُشْتَرِى هو أن يَضْمَنَ عن البائِعِ الثمَنَ متى خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أو رُدَّ بِعَيْبٍ ، أو أَرْشِ العَيْبِ . فَضَمَانُ العُهْدَةِ فى المَوْضِعَيْنِ هو ضَمَانُ الثَّمَنِ أو جُزْءٍ منه عن أحَدِهِمَا لِلآخَرِ . وحَقِيقَةُ العُهْدَةِ الكِتَابُ الذى يَكْتُبُ فيه وَثِيقَةَ البَيْعِ ، ويَذْكُرُ فيه الثَّمَنَ ، فَعُبِّرَ به عن الثَّمَنِ الذى يَضْمَنُه . وممن أجازَ ضَمانَ العُهْدَةِ فى الجملة أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . ومَنَعَ منه بعضُ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لكَوْنِه ضَمَانَ ما لم يَجِبْ ، وضَمَانَ مَجْهُولٍ ، وضَمَان عينٍ . وقد بَيَّنَّا جَوازَ الضَّمَانِ فى ذلك كلِّه . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى / الوَثِيقَةِ على البائِعِ ، والوَثَائِقُ ثَلَاثَةٌ ؛ الشَّهَادَةُ ، والرَّهْنُ ، والضَّمَانُ . فأمَّا الشَّهَادَةُ فلا يُسْتَوْفَى منها الحَقُّ ، وأما الرَّهْنُ فلا يجوزُ فى ذلك بالإِجْمَاعِ ؛ لأنَّه يُؤدِّى إلى أن يَبْقَى أبَدًا مَرْهُونًا ، فلم يَبْقَ إلَّا الضَّمَانُ . ولأنَّه لا يَضْمَنُ إلَّا ما كان وَاجِبًا حالَ العَقْدِ ؛ لأنَّه إنما يَتَعَلَّقُ بالضَّمَانِ حُكْمٌ إذا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا حالَ العَقْدِ ، ومتى كان كذلك ، فقد ضَمِنَ ما وَجَبَ حين العَقْدِ ، والجَهَالَةُ مُنْتَفِيَةٌ ؛ لأنَّه ضَمِنَ الجُمْلَـةَ ، فإذا خَرَجَ بعضُه مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ بعضُ ما ضَمِنَهُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَصِحُّ ضَمَانُ العُهْدَةِ عن البائِعِ لِلْمُشْتَرِى قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وبعدَه . وقال الشَّافِعِىُّ : إنَّما يَصِحُّ بعدَ القَبْضِ ؛ لأنَّه قبلَ القَبْضِ لو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا لم يَجِبْ على البائِعِ شىءٌ . وهذا يَنْبَنِى على ضَمَانِ ما لم يَجِبْ إذا كان مُفْضِيًا إلى الوُجُوبِ ، كالجُعَالَةِ . وألْفاظُ ضَمانِ العُهْدَةِ أن يقولَ : ضَمِنْتُ عُهْدَتَه أو ثَمَنَهُ أو دَرَكَهُ . أو يقولَ لِلْمُشْتَرِى : ضَمِنْتُ خَلَاصَكَ منه . أو يقولَ : متى خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فقد ضَمِنْتُ لك الثَّمَنَ . وحُكِىَ عن أبى يوسفَ ، أنَّه قال : ضَمِنْتُ

٤/١٢٠ظ

---

(٢٦) فى ب : « فلزمه » .

(٢٧) فى ب : « كالمغصوب » .

(٢٨ عُهْدَته ، أو ضَمِنْتُ ٢٨) لك العُهْدَةَ . والعُهْدَةُ فى الحَقِيقَةِ : هى الصَّكُّ المَكْتُوبُ فيه الابْتِيَاعُ . هكذا فَسَّرَهُ به أهْلُ اللُّغَةِ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وليس بِصَحِيحٍ ؛ لأنَّ العُهْدَةَ صَارَتْ فى العُرْفِ عِبارَةً عن الدَّرَكِ وضَمَانِ الثَّمَنِ ، والكَلَامُ المُطْلَقُ يُحْمَلُ على الأَسْمَاءِ العُرْفِيَّةِ دون اللُّغَوِيَّةِ ، كالرَّاوِيَةِ ، تُحْمَلُ(٢٩) عند إطْلَاقِهَا على المَزادَةِ ، لا على الجَمَلِ ، وإن كان هو المَوْضُوعَ . فأمَّا إن ضَمِنَ له خَلاصَ المَبِيعِ ، فقال أبو بكرٍ : هو بَاطِلٌ ؛ لأنَّه إذا خَرَجَ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، لا يَسْتَطِيعُ تَخْلِيصَه ، ولا يَحِلُّ . وقد قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ بَاعَ عَبْدًا أو أَمَةً ، وضَمِنَ له الخَلَاصَ ، فقال : كيف يَسْتَطِيعُ الخَلَاصَ إذا خَرَجَ حُرًّا ؟ فإن ضَمِنَ عُهْدَةَ المَبِيعِ وخَلَاصَه ، بَطَلَ فى الخَلاصِ . وهل يَصِحُّ فى العُهْدَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . إذا ثَبَتَ صِحَّةُ ضَمَانِ العُهْدَةِ ، فالكلامُ فيما يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، فنقولُ : إنَّ اسْتِحْقَاقَ رُجُوعِ المُشْتَرِى بالثمَنِ لا يَخْلُو ، إمَّا أن يكونَ بِسَبَبٍ حَادِثٍ بعدَ العَقْدِ ، أو مُقَارِنٍ له ، فأمَّا الحادِثُ فمثلُ(٣٠) تَلَفِ المَبِيعِ من المَكِيلِ والمَوْزُونِ(٣١) فى يَدِ البائِعِ أو بغَصْبٍ من يَدِه أو يَتَقَايلَانِ ، فإن المُشْتَرِىَ يَرْجِعُ على / البائِعِ دون الضَّامِنِ ؛ لأنَّ هذا الاسْتِحْقَاقَ لم يكُنْ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، وإنَّما ضَمِنَ الاسْتِحْقاقَ المَوْجُودَ حالَ العَقْدِ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ به على الضَّامِنِ ؛ لأنَّ ضَمَانَ ما لم يَجِبْ جَائِزٌ ، وهذا منه . وأمَّا إن كان بِسَبَبٍ مُقَارِنٍ ، نَظَرْنَا ؛ فإن كان بِسَبَبٍ لا تَفْرِيطَ من البائِعِ فيه ، كأخْذِه بالشُّفْعَةِ ، فإنَّ المُشْتَرِىَ يَأْخُذُ الثمَنَ من الشَّفِيعِ ولا يَرْجِعُ على البائِعِ ولا الضَّامِنِ . ومتى لم يَجِبْ على المَضْمُونِ عنه شىءٌ ، لم يَجِبْ على الضَّامِنِ بطَرِيقِ الأَوْلَى . وأمَّا إن زَالَ مِلْكُه عن المَبِيعِ بسَبَبٍ مُقَارِنٍ لِتَفْرِيطٍ من البَائِعِ ، باسْتِحْقَاقٍ أو حُرِّيَّةٍ أو رَدٍّ بعَيْبٍ قَدِيمٍ ، فله الرُّجُوعُ إلى الضَّامِنِ ، وهذا ضَمَانُ العُهْدَةِ ، وإن أرادَ أخْذَ أَرْشِ العَيْبِ ، رَجَعَ على الضَّامِنِ

٤/١٢١و

(٢٨-٢٨) سقط من : م .

(٢٩) فى ب : « وتحمل » .

(٣٠) فى الأصل : « قبل » .

(٣١) فى م : « أو الموزون » .

أيضا ؛ لأنَّه إذا لَزِمَهُ كلُّ الثَّمَنِ ، لَزِمَهُ بعضُه إذا استَحَقَّ ذلك على المَضْمُونِ عنه ، وسواءٌ ظَهَرَ كلُّ المَبِيعِ مُسْتَحَقًّا أو بعضُه ؛ لأنَّه إذا ظَهَرَ بعضُه مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فقد خَرجَتِ العَيْنُ كلُّها من يَدِه بِسَبَبِ الاسْتِحقَاقِ ، وعلى الرِّوَايَةِ الأُخْرى : لا[32] يَبْطُلُ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، ولكن اسْتَحَقَّ رَدَّهَا ، فإن رَدَّهَا كلَّها فالحُكْمُ كذلك ، وإن أَمْسَكَ المَمْلُوكَ منها ، فله المُطَالَبَةُ بالأَرْشِ ، كما لو وَجَدَ بها عَيْبًا . ولو بَاعَهُ عَيْنًا أو أقْرضَهُ شَيْئًا بشَرْطِ أن يَرْهَنَ عنده عَيْنًا[33] ، فتَكَفَّلَ[34] رَجُلٌ بتَسْلِيمِ[35] الرَّهْنِ ، لم تَصِحَّ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ الرَّاهِنَ إقْبَاضُه وتَسْلِيمُه ، فلا يَلْزَمُ الكَفِيلَ مالا يَلْزَمُ الأصْلَ . وإن ضَمِنَ لِلْمُشْتَرِى قِيمَةَ ما يَحْدُثُ فى المَبِيعِ ، من بِنَاءٍ أو غِرَاسٍ ، صَحَّ ، سواءٌ ضَمِنَهُ البائعُ أو أجْنَبِىٌّ ، فإذا بَنَى أو غَرَسَ واسْتُحِقَّ[36] المَبِيعُ ، رَجَعَ المُشْتَرِى على الضَّامِنِ بِقِيمَةِ ما تَلِفَ أو نَقَصَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه ضَمَانُ مَجْهُولٍ ، وضَمَانُ مالم يَجِبْ . وقد بَيَّنَّا جَوازَ ذلك .

فصل : فى من يَصِحُّ ضَمانُه ، ومن لا يَصِحُّ . يَصِحُّ ضَمانُ كلِّ جائزِ التَّصَرُّفِ فى مَالِه ، سواءٌ كان رجلًا أو امرأةً ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ به المالُ ، فَصَحَّ من المَرْأةِ كالبَيْعِ ، ولا يَصِحُّ من المَجْنُونِ والمُبَرْسَمِ[37] ، ولا من صَبِىٍّ غيرِ مُمَيِّزٍ ، بغير خِلافٍ ؛ لأنَّه إيجابُ مَالٍ بعَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ منهم ، كالنَّذْرِ . ولا يَصِحُّ من / السَّفِيهِ المَحْجُورِ عليه . ذكرَهُ أبو الخَطَّابِ ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ . وقال القاضى : يَصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّ من أُصْلِنَا أنَّ إقْرَارَهُ صَحِيحٌ يُتْبَعُ به من بعدِ فَكِّ الحَجْرِ عنه[38] ، فكذلك ضَمَانُه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه إيجابُ مَالٍ بِعَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ منه ، كالبَيْعِ والشِّرَاءِ ، ولا يُشْبِه

١٢١/٤ ظ

---

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) فى م : « عينها » .

(٣٤) فى م : « فكفل » .

(٣٥) فى ب : « تسليم » .

(٣٦) فى ب : « فاستحق » .

(٣٧) المبرسم : من به علة يهذى .

(٣٨) فى م زيادة : « صح » . خطأ .

الإقْرارَ ؛ لأنَّه إخْبارٌ بِحَقٍّ سَابِقٍ . وأما الصَّبِيُّ المُمَيِّزُ ، فلا يَصِحُّ ضَمَانُه ، فى الصَّحِيحِ من الوَجْهَيْنِ . وهو قول الشَّافِعِيِّ . وخَرَّجَهُ أصْحابُنا على الرِّوَايَتَيْنِ فى صِحَّةِ إقْرَارِهِ وتَصَرُّفَاتِه بإذْنِ وَلِيِّه ، ولا يَصِحُّ هذا الجَمْعُ ؛ لأنَّ هذا الْتِزَامُ مالٍ لا فائِدَةَ له فيه ، فلم يَصِحَّ منه ، كالتَّبَرُّعِ والنَّذْرِ ، بِخِلَافِ البَيْعِ . وإن اخْتَلَفَا فى وَقْتِ الضَّمَانِ بعدَ بُلُوغِه ، فقال الصَّبِيُّ : قبلَ بُلُوغِى . وقال المَضْمُونُ له : بعدَ البُلُوغِ . فقال القاضى : قِياسُ قول أحمدَ أنَّ القولَ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ معه سَلامةَ العَقْدِ ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فَاسِدٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ الضَّامِنِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ البُلُوغِ ، وعَدَمُ وُجُوبِ الحَقِّ عليه . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . ولا يُشْبِهُ هذا ما إذا اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فَاسِدٍ ؛ لأنَّ المُخْتَلِفَيْنِ ثَمَّ مُتَّفِقانِ على أهْلِيَّةِ[٣٩] التَّصَرُّفِ ، والظَّاهِرُ أنَّهما لا يَتَصَرَّفانِ إلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا ، فكان قولُ مُدَّعِى الصِّحَّةِ هو الظَّاهِرُ ، وهٰهُنا اخْتَلَفَا فى أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ[٤٠] ، وليس مع من يَدَّعِى الأَهْلِيَّةَ ظَاهِرٌ يَسْتَنِدُ إليه ، ولا أصْلٌ يَرْجِعُ إليه ، فلا تَرْجُحُ دَعْوَاهُ . والحُكْمُ فى مَن عُرِفَ له حَالُ جُنُونٍ ، كالحُكْمِ فى الصَّبِىِّ ، وإن لم يُعْرَفْ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُهُ . فأما المَحْجُورُ عليه لِفَلَسٍ ، فيَصِحُّ ضَمَانُه ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّه من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ عليه فى مَالِه ، لا فى ذِمَّتِه ، فأشْبَهَ الرَّاهِنَ ، فصَحَّ تَصَرُّفُه فيما عدا الرَّهْنِ ، فهو كما لو اقْتَرَضَ أو أَقَرَّ أو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه . ولا يَصِحُّ ضَمَانُ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، سواءٌ كان مَأْذُونًا له فى التِّجَارَةِ أو غيرَ مَأْذُونٍ له . وبهذا قال ابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويُتْبَعَ به[٤١] بعدَ العِتْقِ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، فصَحَّ تَصَرُّفُه بما لا ضَرَرَ على السَّيِّدِ فيه ، كالإقْرارِ بالإتْلَافِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه عَقْدٌ تَضَمَّنَ / إيجابَ مالٍ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إذْنٍ ، كالنِّكَاحِ . وقال

١٢٢/٤و

(٣٩) فى الأصل ، ا ، م : « أهمية » .

(٤٠) فى م : « الصرف » .

(٤١) سقط من : ا .

أبو ثَوْرٍ : إن كان من جِهَةِ التِّجارَةِ جازَ ، وإن كان من غيرِ ذلك لم يَجُزْ . فإن ضَمِنَ بإذْنِ سَيِّده ، صَحَّ ؛ لأنَّ سَيِّدَهُ لو أَذِنَ له فى التَّصرُّفِ صَحَّ . قال القاضى : وقِياسُ المَذْهَبِ تَعَلُّقُ المالِ بِرَقَبَتِه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : ظَاهِرُ المَذْهَبِ وقِيَاسُه أنَّه يَتَعلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ . وقال أبو الخَطَّابِ : هل يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أو بِذِمَّةِ سَيِّده ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، كاسْتِدَانَتِه بإذْنِ سَيِّده . وقد سَبَقَ الكَلَامُ فيها . فإن أَذِنَ له سَيِّدُه فى الضَّمَانِ ليكونَ القَضاءُ من المالِ الذى فى يَدِه ، صَحَّ ، ويكونُ ما فى ذِمَّتِه مُتَعَلِّقًا (42) بِرَقَبَةِ المالِ (42) الذى فى يَدِ العَبْدِ ، كَتَعلُّقِ حَقِّ الجِنَايَةِ بِرَقَبَةِ الجانِى ، كما لو قال الحُرُّ : ضَمِنْتُ لك الدَّيْنَ ، على أن تَأْخُذَ من مَالِى هذا . صَحَّ . وأما المُكَاتَبُ فلا يَصِحُّ ضَمَانُه بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه ، كالعَبْدِ القِنِّ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزَامِ مَالٍ ، فأَشْبَه نَذْرَهُ(43) الصَّدَقَةَ بغيرِ مالٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ عِتْقِه ، كقَوْلِنَا فى العَبْدِ . وإن ضَمِنَ بإِذْنِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ أيضا ؛ لأنَّه ربما أَدَّى إلى تَفْوِيتِ الحُرِّيَّةِ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما . فأمَّا المَرِيضُ ، فإن كان مَرَضُه غيرَ مَخُوفٍ ، أو غيرَ مَرَضِ المَوْتِ ، فحُكْمُه حُكْمُ الصَّحِيحِ . وإن كان مَرَضَ المَوْتِ الْمَخُوفَ ، فحُكْمُ ضَمَانِه حُكْمُ تَبَرُّعِه ، يُحْسَبُ(44) من ثُلُثِه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بِالْتِزَامِ مَالٍ لا يَلْزَمُه ، ولم يَأْخُذْ عنه عِوَضًا ، فأَشْبَه الهِبَةَ . وإذا فُهِمَتْ إشارَةُ الأَخْرَسِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وإِقْرارُه وتَبَرُّعُه ، فصَحَّ ضَمانُه ، كالنَّاطِقِ ، ولا يَثْبُتُ الضَّمَانُ بكِتَابَتِه(45) مُنْفَرِدَةً عن إشارَةٍ يُفْهَمُ بها أنَّه قَصَدَ الضَّمانَ ؛ لأنَّه قد يَكْتُبُ عَبَثًا أو تَجْرِبَةً ، فلم يَثْبُتِ الضَّمَانُ(46) مع الاحْتِمالِ . ومن لا تُفْهَمُ إشارَتُه لا يَصِحُّ منه الضَّمَانُ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى بِضَمَانِه ، ولأنَّه لا يَصِحُّ سَائِرُ تَصرُّفَاتِه ، فكذلك ضَمَانُه .

(42 – 42) فى م : « بالمال » .

(43) فى م : « نذر » .

(44) فى ب : « يحتسب » .

(45) فى الأصل ، ا ، م : « بكتابة » .

(46) فى ب زيادة : « به » .

فصل : إذا ضَمِنَ الدَّيْنَ الحالَّ مُؤَجَّلًا ، صَحَّ ، ويكونُ حَالًّا على المَضْمُونِ عنه مُؤَجَّلًا على الضَّامِنِ ، يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ المَضْمُونِ عنه دون الضَّامِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ ضَمِنَ ما على فُلَانٍ أن يُؤَدِّيَهُ فى ثَلَاثِ سِنِينَ : فهو عليه ، ويُؤَدِّيه كما ضَمِنَ . وَوَجْهُ ذلك : ما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، أنَّ رجلًا لَزِمَ غَرِيمًا له بعَشَرَةِ دَنَانِيرَ / ، على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : ما عِنْدِى شَىْءٌ أُعْطِيكَهُ[47] . فقال : واللهِ لا أُفَارِقُكَ[48] حتى تَقْضِيَنِى أو تَأْتِيَنِى بحَمِيلٍ . فَجَرَّهُ إلى النبيِّ ﷺ ، فقال له النبيُّ ﷺ : « كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ » قال : شَهْرًا . قال رسولُ اللهِ ﷺ : « فَأَنَا أَحْمِلُ » . فجاءَ به[49] فى الوَقْتِ الذى قال النبيُّ ﷺ ، فقال له النبيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هٰذَا ؟ » قال : من مَعْدِنٍ . قال : « لَا خَيْرَ فِيهَا » . وقَضَاهَا عنه . رواهُ ابنُ ماجَه ، فى « سُنَنِه »[50] . ولأنَّه ضَمِنَ مَالًا بِعَقْدٍ مُؤَجَّلٍ ، فكان مُؤَجَّلًا كالبَيْعِ . فإن قيل : فعندَكم الدَّيْنُ الحالُّ لا يَتَأَجَّلُ ، فكيف يَتَأَجَّلُ على الضَّامِنِ ؟ أم كيف يَثْبُتُ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ على غير الوَصْفِ الذى يَتَّصِفُ به فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ؟ قُلْنا : الحَقُّ يَتَأَجَّلُ فى ابْتِدَاءِ ثُبُوتِه ، إذا كان ثُبُوتُه[51] بعَقْدٍ ، وهذا ابْتِدَاءُ ثُبُوتِه فى حَقِّ الضَّامِنِ ، فإنَّه لم يكُنْ ثابتًا عليه حالًّا ، ويجوزُ أن يُخالِفَ ما فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ما فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، بدَلِيلِ ما لو مَاتَ المَضْمُونُ عنه والدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، وكان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا[52] [53] إلى شَهْرٍ [53] ، فضَمِنَهُ إلى شَهْرَيْنِ ، لم يكُنْ له مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ إلى شَهْرَيْنِ ، فإن قَضَاهُ قبل الأَجَلِ ، فله الرُّجُوعُ به

١٢٢/٤ ظ

---

(٤٧) فى الأصل : « أعطيك » .

(٤٨) فى الأصل : « فارقتك » . وفى سنن ابن ماجه : « أفارقك » .

(٤٩) سقط من : ا ، م . وفى السنن : « فجاءه » .

(٥٠) فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢١٧ ، ٢١٨ .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) فى ا : « حالا » .

(٥٣ – ٥٣) سقط من : الأصل ، ا .

فى الحال ، على الرِّوَايَةِ التى تقولُ : إنَّه إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه[٥٤] ، رَجَعَ به ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما فيه هٰهُنا ، أنَّه قَضَى بغيرِ إذْنٍ . وعلى الرِّوَايَةِ الأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ به قبلَ الأَجَلِ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى القَضَاءِ قبلَ ذلك . وإن كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا فَضَمِنَه حالًّا ، لم يَصِرْ حَالًّا ، ولم[٥٥] يَلْزَمْه أداؤُه قبلَ أَجَلِه ؛ لأنَّ الضَّامِنَ فَرْعٌ لِلْمَضْمُونِ عنه ، فلا يَلْزَمُه مالا يَلْزَمُ المَضْمُونَ عنه ، ولأنَّ المَضْمُونَ عنه لو الْتَزَمَ نَفْسَه تَعْجِيلَ هذا الدَّيْنِ ، لم يَلْزَمْهُ تَعْجِيلُه ، فبِأَنْ لا يَلْزَمَ الضَّامِنَ أَوْلَى ، ولأنَّ الضَّمَانَ الْتِزَامُ دَيْنٍ فى الذِّمَّةِ ، فلا يجوزُ أن يُلْزَمَ[٥٦] مالا يَلْزَمُ المَضْمُونَ عنه . فعلى هذا ، إن قَضَاهُ حَالًّا ، لم يَرْجِعْ به قبلَ أجَلِه ؛ لأنَّ ضَمَانَه لم يُغَيِّرْه عن تَأْجِيلِه . والفَرْقُ بين هذه المَسْأَلَةِ والتى قبلها ، أنَّ الدَّيْنَ الحَالَّ ثابتٌ فى الذِّمَّةِ ، مُسْتَحِقُّ القَضاءِ فى جَمِيعِ الزَّمانِ ، فإذا ضَمِنَهُ مُؤَجَّلًا فقد الْتَزَمَ بعضَ ما يَجِبُ على المَضْمُونِ عنه، فصَحَّ، كما لو كان الدَّيْنُ عَشرَةً، فضَمِنَ خَمْسَةً، وأمَّا الدَّيْنُ المُؤَجَّلُ ، فلا يُسْتَحَقُّ قَضاؤُه إلَّا عندَ أَجَلِه ، فإذا ضَمِنَه / حَالًّا الْتَزَمَ مالم يَجِبْ على المَضْمُونِ ، فأشْبَه مالو كان الدَّيْنُ عَشرَةً فضَمِنَ عِشْرِينَ . وقيل : يَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ضَمَانُ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ حَالًّا ، كما يَصِحُّ ضَمَانُ الحالِّ مُؤَجَّلًا ، قِيَاسًا لإِحْدَاهما على الأُخْرَى . وقد فَرَّقْنا بينهما بما يَمْنَعُ القِيَاسَ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

١٢٣/٤ و

فصل : وإذا ضَمِنَ دَيْنًا مُؤَجَّلًا عن إنسانٍ ، فماتَ أحَدُهما ، إمَّا الضَّامِنُ وإمَّا المَضْمُونُ عنه ، فهل يَحِلُّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، تَقَدَّمَ ذِكْرُهما . فإن قُلْنا : يَحِلُّ على المَيِّتِ ، لم يَحِلَّ على الآخرِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لا يَحِلُّ على شَخْصٍ بِمَوْتِ غيرِه ، فإن كان المَيِّتُ المَضْمُونَ عنه ، لم يَسْتَحِقَّ مُطَالَبَةَ الضَّامِنِ قبلَ الأَجَلِ ، فإن قَضَاهُ قبلَ الأَجَلِ ، كان مُتَبَرِّعًا بِتَعْجِيلِ القَضاءِ ، وهل له مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأَجَلِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْنِ فى مَن قَضَى الدَّيْنَ[٥٧] بغير إذْنِ مَن هو عليه . وإن كان

---

(٥٤) فى ا ، م : « إذن » .

(٥٥) فى م : « ولا » .

(٥٦) فى ا ، م : « يلتزم » .

(٥٧) سقط من : م .

المَيِّتُ الضَّامِنَ ، فَاسْتَوْفَى الغَرِيمُ الدَّيْنَ(٥٨) من تَرِكَتِه ، لم يكُنْ لِوَرَثَتِه مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه حتى يَحِلَّ الحَقُّ ؛ لأنَّه مُؤَجَّلٌ عليه ، فلا يستَحِقُّ مُطَالَبَته به(٥٩) قبل أجَلِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وحُكِيَ عن زُفَرَ أنَّ لهم مُطَالَبَتَهُ ؛ لأنَّه أدْخَلَه في ذلك مع عِلْمِه أنَّه يَحِلُّ بمَوْتِه . ولَنا ، أنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فلا تجوزُ مُطالَبَتُه به قبلَ الأَجَلِ ، (٦٠كما لو لم يَمُتْ . وقوله : أدْخَلَهُ فيه . قُلْنا : إنَّما أدْخَلَهُ في المُؤَجَّلِ ، وحُلُولُه بِسَبَبٍ من جِهَتِه ، فهو٦٠) كما لو قَضَى قبلَ الأَجَلِ .

٨٢٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَبْرَأُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ إلَّا بِأَدَاءِ الضَّامِنِ)

يعني أنَّ المَضْمُونَ عنه لا يَبْرَأُ بِنفْسِ الضَّمَانِ ، كما يَبْرَأُ المُحِيلُ بِنفْسِ الحَوَالَةِ قبلَ القَبْضِ ، بل يَثْبُتُ الحَقُّ في ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، مع بَقائِه في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، ولِصاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ من شاءَ منهما في الحَيَاةِ وبعدَ المَوْتِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال أبو ثَوْرٍ : الكَفَالَةُ والحَوَالَةُ سواءٌ ، وكِلَاهما يَنْقُلُ الحَقَّ عن ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه والمُحِيلِ . وحُكِيَ ذلك عن ابن أبي لَيْلَى ، وابن شُبْرُمَةَ ، ودَاوُدَ ، واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو سَعِيدٍ الخُدْرِيُّ قال : كُنَّا مع النَّبِيِّ ﷺ في جِنَازَةٍ ، فلمَّا وُضِعَتْ ، قال : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ » قالوا : نعم ، دِرْهَمَانِ . فقال : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » . فقال عَلِيٌّ : هما عَلَيَّ يا رسولَ الله ، وأنا لهما ضَامِنٌ . فقام رسولُ الله ﷺ ، فصَلَّى عليه ، ثم أقْبَلَ على عَلِيٍّ فقال : « جَزَاكَ اللهُ خَيْرًا عَنِ الإِسْلَامِ ، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فقيل : يا رسولَ الله ، هذا لِعَلِيٍّ خَاصَّةً ، أم للنَّاسِ عَامَّةً ؟ فقال : « لِلنَّاسِ عَامَّةً » . رَوَاه

---

(٥٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٩) سقط من : الأصل ، م .

(٦٠ – ٦٠) سقط من : الأصل .

الدَّارَقُطْنِيُّ[1] . فدَلَّ على أنَّ المَضْمُونَ عنه بَرِئَ / بالضَّمانِ . ورَوَى الإمامُ أحمدُ فى ١٢٣/٤ ظ
« المُسْنَد »[2] ، عن جَابِرٍ ، قال : تُوُفِّىَ صَاحِبٌ لنا ، فأَتَيْنا النَّبِىَّ ﷺ لِيُصَلِّىَ عليه ، فخَطَا خُطْوَةً ، ثم قال : « أعَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » قُلْنا : دِينَارَانِ . فانْصَرَفَ ، فتَحَمَّلَهُما أبو قَتَادَةَ . فقال : الدِّينارَانِ عَلَىَّ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « وَجَبَ حَقُّ الْغَرِيمِ ، وبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُما ؟ » قال : نعم . فصَلَّى عليه ، ثم قال بعد ذلك : ما فعل الدِّينَارَانِ ؟ قال : إنما مَاتَ أَمْس . قال : فعَادَ إليه من الغَدِ ، فقال : قد قَضَيْتُهُما . فقال رسُولُ اللهِ ﷺ : « الْآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَهُ »[3] . وهذا صَرِيحٌ فى بَرَاءَةِ المَضْمُونِ عنه لقوله : « وبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُمَا » . ولأنَّه دَيْنٌ واحِدٌ ، فإذا صَارَ فى ذِمَّةٍ ثَانِيَةٍ بَرِئَتِ الأُولَى منه ، كالمُحَالِ به ؛ وذلك لأنَّ[4] الواحِدَ لا يَحِلُّ فى مَحَلَّيْنِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « نَفْسُ المُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِه حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »[5] . وقولُه فى خَبَرِ أبى قَتادَةَ : « الْآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَهُ » . حين أخْبَرَهُ أنَّه قَضَى دَيْنَهُ ، ولأنَّها وَثِيقَةٌ ، فلا تَنْقُلُ الحَقَّ ، كالشَّهادَةِ . وأمَّا صَلاةُ النَّبِىِّ ﷺ على المَضْمُونِ عنه ، فلأنَّه بالضَّمَانِ صَارَ له وَفَاءٌ ، وإنَّما كان النَّبِىُّ ﷺ يَمْتَنِعُ من الصلاةِ على مَدِينٍ لم يَخْلُفْ وَفَاءً . وأمَّا قولُه لِعَلِىٍّ : « فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فإنَّه كان بحَالٍ لا يُصَلِّى عليه النَّبِىُّ ﷺ ، فلمَّا ضَمِنَهُ فَكَّه مِن ذلك ، أو ممَّا فى مَعْناه . وقولُه : « بَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا » . أى[6] صِرْتَ أنتَ المُطَالَبَ بهما . وهذا على سَبِيلِ التَّأْكِيدِ ؛ لِثُبُوتِ الحَقِّ فى ذِمَّتِه ، وَوُجُوبِ الأَدَاءِ عليه ، بِدَلِيلِ قولِه فى

---

(١) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٤٧ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ .

(٢) تقدمت قصة أبى قتادة هذه فى صفحة ٧١ ، عن سلمة بن الأكوع عنه . والقصة هنا عن جابر أخرجها الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٠ .
كما أخرجها أبو داود ، فى : باب التشديد فى الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٢١ .

(٣) فى م : « جلدته » .

(٤) فى م زيادة : « الدين » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٦٧ .

(٦) سقط من : م .

سِيَاقِ الحَدِيثِ ، حين أخْبَرَهُ بالقَضاءِ : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . ويُفارِقُ الضَّمَانُ الحَوالَةَ ؛ فإنَّ الضَّمانَ مُشْتَقٌّ من الضَّمِّ ، فيَقْتَضِى الضَّمَّ بين الذِّمَّتَيْنِ فى تَعَلُّقِ الحَقِّ بهما وثُبُوتِه فيهما . والحَوالَةُ من التَّحَوُّلِ ، فتَقْتَضِى تَحَوُّلَ الحَقِّ من مَحلِّه إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وقولهم : إنَّ[7] الدَّيْنَ الواحِدَ لا يَحِلُّ فى مَحَلَّيْنِ . قُلْنا : يجوزُ تَعَلُّقُه بمَحَلَّيْنِ على سَبِيلِ الاسْتِيثَاقِ ، كتَعَلُّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ به وبِذِمَّةِ الرَّاهِنِ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : أمَّا الحَىُّ فلا يَبْرَأ بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، رِوَايَةً واحِدَةً ، وأمَّا المَيِّتُ ففى بَرَاءَتِه بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، يَبْرأُ بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ يوسفَ بن موسى ؛ لما ذَكَرْنا من الخَبَرَيْنِ ، ولأنَّ فَائِدَةَ الضَّمَانِ فى حَقِّه تَبْرِئَةُ ذِمَّتِه ؛ فيَنْبَغِى أن تَحْصُلَ هذه الفَائِدَةُ بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، بخِلَافِ الحَىِّ ، فإنَّ المَقْصُودَ / من الضَّمَانِ فى حَقِّه الاسْتِيثَاقُ بالحَقِّ[8] ، وثُبُوتُه فى الذِّمَّتَيْنِ آكَدُ فى الاسْتِيثَاقِ[9] . والثانية ، لا يَبْرأُ إلَّا بالأدَاءِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، ولأنَّه ضَمانٌ ، فلا يَبْرَأُ به المَضْمُونُ عنه كالحَىِّ .

١٢٤/٤ و

فصل : ولِصاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَن شاءَ منهما . وحُكِىَ عن مالكٍ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عنه ، أنَّه لا يُطَالِبُ الضَّامِنَ إلَّا إذا تَعَذَّرَ مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ ، فلا يُسْتَوْفَى الحَقُّ منها إلَّا عند تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِه من الأَصْلِ ، كالرَّهْنِ . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ ثابِتٌ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، فمَلَكَ مُطَالَبَته ، كالأصِيلِ ، ولأنَّ الحَقَّ ثابِتٌ فى ذِمَّتِهما ، فمَلَكَ مُطَالَبَةَ مَن شاءَ منهما ، كالضَّامِنَيْنِ إذا تَعَذَّرَتْ مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه . ولا يُشْبِهُ الرَّهْنَ ؛ لأنَّه مَالُ مَن عليه الحَقُّ ، وليس بِذِى ذِمَّةٍ يُطَالِبُ ، إنَّما يُطَالِبُ مَن عليه الدَّيْنُ ، لِيَقْضِىَ منه أو من غيرِه .

---

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى ا ، م زيادة : « بالحق » .

فصل : وإن أبْرَأ صَاحِبُ الدَّيْنِ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّه تَبَعٌ ، ولأنَّه وَثِيقَةٌ ، فإذا بَرِئَ الأَصِيلُ[10] زَالَتِ الوَثِيقَةُ ، كالرَّهْنِ . وإن أَبْرَأَ الضَّامِنَ لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه أَصْلٌ ، فلا يَبْرَأُ بإِبْرَاءِ التَّبعِ ؛ ولأنَّه وَثِيقَةٌ انْحَلَّتْ من غير اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ منها ، فلم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الأَصِيلِ[11] منها[12] ، كالرَّهْنِ إذا انْفَسَخَ من غيرِ اسْتِيفَائِه[13] . وأيُّهما قَضَى الحَقَّ بَرِئَا جَمِيعا من المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا اسْتُوفِيَ مَرَّةً زَالَ تَعَلُّقُه بهما ، كما لو اسْتُوفِيَ الحَقُّ الذى به رَهْنٌ ، وإن أَحَالَ أحدُهما[14] الغَرِيمَ بَرِئَا جَمِيعًا ؛ [15]لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا اسْتُوفِيَ مَرَّةً زَالَ تَعَلُّقُه بهما كما لو اسْتُوفِيَ دَيْنُ الرَّهْنِ . وإن أحالَ أحَدُهما الغَرِيمَ بَرِئَا جَمِيعًا[15] ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ كالقَضَاءِ .

فصل : وإن ضَمِنَ الضَّامِنَ ضَامِنٌ آخَرُ صَحَّ ؛ لأنه دَيْنٌ لَازِمٌ فى ذِمَّتِه ، فصَحَّ ضَمَانُه ، كسائِرِ الدُّيُونِ ، ويَثْبُتُ الحَقُّ فى ذِمَمِ ثَلَاثَةٍ ، فأيُّهم[16] قَضَاهُ بَرِئَتْ ذِمَمُهم كلُّها ؛ لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا قُضِيَ مَرَّةً لم يَجِبْ قَضَاؤُه مَرَّةً أُخْرَى . وإن أَبْرَأَ الغَرِيمُ المَضْمُونَ[17] عنه ، بَرِئَ الضَّامِنَانِ ؛ لأنَّهما فَرْعٌ . وإن أَبْرَأَ الضَّامِنَ الأَوَّلَ بَرِئَ الضَّامِنَانِ كذلك ، ولم يَبْرَأْ المَضْمُونُ عنه ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن أَبْرَأَ الضَّامِنَ الأَوَّلَ ، بَرِئَ

---

(١٠) فى ا ، ب ، م : « الأصل » .

(١١) فى م : « الأصل » .

(١٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣) فى الأصل ، ب : « استيفاء » .

(١٤) سقط من : ا ، م .

(١٥ - ١٥) سقط من : الأصل ، نقلة نظر .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « أيهم » .

(١٧) فى الأصل : « ذمة المضمون » .

الضَّامِنَانِ كذلك ، ولم يَبْرَأ المَضْمُونُ عنه ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن أبْرَأ الضَّامِنَ الثانى بَرِئَ وَحْدَه . ومتى حَصَلَتْ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ بالإبراءِ ، فلا رُجُوعَ[18] فيها بحالٍ ؛ لأنَّ الرُّجوعَ مع الغُرْمِ ، وليس فى الإبْرَاءِ غُرْمٌ . والكَفَالَةُ كالضَّمَانِ فى هذا المَعْنَى جَمِيعِه ، وتَزِيدُ بأنَّه إذا مَاتَ المَكْفُولُ عنه بَرِئَ كَفِيلَاهُ ، وإن مَاتَ الكَفِيلُ الأوَّلُ بَرِئَ الثانى / دون المَكْفُولِ عنه ؛ لأنَّ الوَثِيقَةَ انْحَلَّتْ من غير اسْتِيفَاءٍ ، فأشْبَهَ الرَّهْنَ ، وإن مَاتَ الكَفِيلُ الثانى[19] بَرِئَ وَحْدَه .

١٢٤/٤ظ

فصل : وإن ضَمِنَ المَضْمُونُ عنه الضَّامِنَ ، أو تَكَفَّلَ المَكْفُولُ عنه الكَفِيلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ يَقْتَضِى إلْزَامَهُ الحَقَّ فى ذِمَّتِه ، والحَقُّ لَازِمٌ له ، فلا يُتَصَوَّرُ إلْزَامُه[20] ثَانِيًا ، ولأنَّه أصْلٌ فى هذا الدَّيْنِ ، فلا يجوزُ أن يَصِيرَ فَرْعًا فيه . وإن ضَمِنَ عنه دَيْنًا آخَرَ ، أو كَفَلَ به فى حَقٍّ آخَرَ ، جازَ ؛ لِعَدَمِ ما ذَكَرْنَاهُ فيه .

فصل : ويجوزُ أن يَضْمَنَ الحَقَّ عن الرَّجُلِ الواحِدِ اثْنَانِ وأكْثَرُ ، سواءٌ ضَمِنَ كلُّ واحِدٍ منهم جَمِيعَه أو جُزْءًا منه ، فإن ضَمِنَ كلُّ واحِدٍ منهم جَمِيعَه ، بَرِئَ كلُّ واحِدٍ منهم بأدَاءِ أحَدِهم ، وإن أبْرَأ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَ الجَمِيعُ ؛ لأنَّهم فُرُوعٌ له .[21] وإن أُبْرِئَ أحَدُ الضُّمَّانِ ، بَرِئَ وَحْدَه ، ولم يَبْرَأْ غيرُه ؛ لأنَّهم غيرُ فُرُوعٍ له[21] ، فلم يَبْرَءوا بِبَرَاءَتِه ، كالمَضْمُونِ عنه . وإن ضَمِنَ أحَدُهم صَاحِبَه لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ فى ذِمَّتِه بِضَمَانِه الأصْلِىِّ ، فلا يجوزُ أن يَثْبُتَ ثَانِيًا ، ولأنَّه أصْلٌ فيه بالضَّمَانِ ، فلا يجوزُ أن يَصِيرَ فيه فَرْعًا . ولو تَكَفَّلَ بالرَّجُلِ الواحِدِ رَجلانِ ، جازَ . ويجوزُ أن يَتَكَفَّلَ كلُّ واحِدٍ من

---

(١٨) فى م : « يرجع » .

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) فى الأصل : « التزامه » .

(٢١ – ٢١) سقط من : ب .

الكَفِيلَيْنِ صَاحِبَهُ ؛ لأنَّ الكَفَالَةَ بِبَدَنِه ، لا بما فى ذِمَّتِه . وأىُّ الكَفِيلَيْنِ أحْضَرَ المَكْفُولَ به بَرِئَ وبَرِئَ صَاحِبُه من الكَفَالَةِ ؛ لأنَّه فَرْعُه ، ولم يَبْرأْ من إحْضَارِ المَكْفُولِ به ؛ لأنَّه أصْلٌ فى ذلك . وإن كَفَلَ المَكْفُولُ به[22] الكَفِيلَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه أصْلٌ له فى الكَفَالَةِ ، فلم يَجُزْ أن يَصِيرَ فَرْعًا له فيما كَفَلَ به . وإن كَفَلَ به فى غيرِ هذا الحَقِّ ، جازَ ؛ لأنَّه ليس بِفَرْعٍ له فى ذلك .

٨٢٤ – مسألة ؛ قال : (فَمَتَى أَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ قَالَ لَهُ : اضْمَنْ عَنِّى ، أَوْ لَمْ يَقُلْ)

يعنى إذا أَدَّى الدَّيْنَ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ على المَضْمُونِ عنه ، فأمَّا إن قَضَى الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا به ، غيرَ ناوٍ لِلرُّجُوعِ به ، فلا يَرْجِعُ بشىءٍ ؛ لأنَّه تَطَوَّعَ[1] بذلك ، أشْبَهَ الصَّدَقَةَ . وسواءٌ ضَمِنَ بأمْرِه أو بغير أمْرِه ، فأمَّا إذا أدَّاهُ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ به ، لم يَخْلُ من أرْبَعَةِ أحْوَالٍ : أحَدها ، أن يَضْمَنَ بأمْرِ المَضْمُونِ عنه ، ويُؤَدِّىَ بأمْرِه ، فإنَّه يَرْجِعُ عليه ، سواءٌ قال له : اضْمَنْ عَنِّى . أو : أَدِّ عَنِّى . أو أطْلَقَ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : إن قال : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . رَجَعَ / عليه . وإن قال : انْقُدْ هذا . لم يَرْجِعْ ، إلَّا أن يكونَ مُخَالِطًا له ، يَسْتَقْرِضُ منه ، ويُودِعُ عنده ؛ لأنَّ قوله : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . إقْرارٌ منه بالحَقِّ ، وإذا أطْلَقَ ذلك صَارَ كأنَّه قال : هَبْ لهذا ، أو تَطَوَّعْ عليه . وإذا كان مُخَالِطًا له رَجَعَ اسْتِحْسَانًا ؛ لأنَّه قد يَأْمُرُ مُخَالِطَهُ بالنَّقْدِ عنه . ولَنا ، أنَّه ضَمِنَ ودَفَعَ بأمْرِه ، فأشْبَهَ إذا كان مُخَالِطًا له ، أو قال : اضْمَنْ عَنِّى . وما ذَكَرَاهُ ليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّه إذا أمَرَهُ بالضَّمَانِ لا يكونُ إلَّا لِما هو عليه ، وأمْرُهُ بالنَّقْدِ بعدَ ذلك يَنْصرِفُ إلى ما ضَمِنَهُ ، بِدَلِيلِ المُخَالِطِ له ، فيَجِبُ عليه أدَاءُ ما أدَّى عنه ، كما لو صَرَّحَ به . الحالُ الثانى ، ضَمِنَ بأمْرِه ، وقَضَى بغيرِ أمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضا . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ فى أحَدِ الوُجُوهِ عنه . والوجهُ الثانى : لا

١٢٥/٤ و

---

(٢٢) سقط من : م .

(١) فى ا ، م : « يتطوع » .

يَرْجِعُ[٢] ؛ لأنَّه دَفَعَ بغيرِ أمْرِه ، أشْبَهَ ما لو تَبَرَّعَ به . الثالثُ ، أنَّه إن تَعَذَّرَ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ، فدفعَ ما عليه ، رَجَعَ ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ بالدَّفْعِ . ولَنا ، أنَّه إذا أَذِنَ في الضَّمَانِ ، تَضَمَّنَ ذلك إذْنَه في الأَدَاءِ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ يُوجِبُ عليه الأَدَاءَ ، فيَرْجِعُ[٣] عليه ، كما لو أَذِنَ في الأَدَاءِ صَرِيحًا . الحالُ الثالث ، ضَمِنَ بغيرِ أمْرِه ، وقَضَى بأَمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضا . وظَاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ أنَّه لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ[٤] أَمْرَهُ بالقَضاءِ انْصَرَفَ إلى ما وَجَبَ بِضَمَانِه . (٥ولَنا : أنَّه أَدَّى دَيْنَه بأَمْرِه ، فرَجَعَ عليه ، كما لو لم يكُنْ ضَامِنًا ، أو كما لو ضَمِنَ بأَمْرِه . وقولُهم : إنَّ إذْنَه في القَضَاءِ انْصَرَفَ إلى ما وَجَبَ بِضَمَانِه٥) . قُلْنا : الوَاجِبُ[٦] بِضَمَانِه إنَّما هو أداءُ دَيْنِه ، وليس هو شَيْئًا آخَرَ ، فمتى أَدَّاهُ عنه بإذْنِه لَزِمَهُ إعْطَاؤُه بَدَلَهُ . الحالُ الرابع ، ضَمِنَ بغير أَمْرِه ، وقَضَى بغير أَمْرِه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ بما أَدَّى . وهو قولُ مالكٍ ، وعبدِ اللهِ بن الحسنِ ، وإسْحاقَ . والثانية ، لا يَرْجِعُ بشيءٍ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، والشَّافِعِيِّ ، وابنِ المُنْذِرِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عَلِيٍّ وأبي قَتَادَةَ[٧] ، فإنَّهما لو كانا يَسْتَحِقَّانِ الرُّجُوعَ على المَيِّتِ ، صَارَ الدَّيْنُ لهما ، فكانت ذِمَّةُ المَيِّتِ مَشْغُولَةً بِدَيْنِهِما ، كاشْتِغَالِها بِدَيْنِ المَضْمُونِ عنه ، ولم يُصَلِّ عليه النَّبِيُّ ﷺ ، / ولأنَّه تَبَرَّعَ بذلك ، أشْبَهَ ما لو عَلَفَ دَوَابَّهُ وأَطْعَمَ عَبِيدَه بغيرِ أمْرِه . ووَجْهُ الأُولَى ، أنَّه قَضاءٌ مُبْرِئٌ من دَيْنٍ واجِبٍ ، فكان مِن ضَمانِ مَن هو عليه ، كالحَاكِمِ إذا قَضَاهُ عنه عندَ امْتِنَاعِه . فأمَّا عَلِيٌّ وأبو قَتَادَةَ ، فإنَّهما تَبَرَّعَا بالقَضَاءِ والضَّمَانِ ، فإنَّهما قَضَيَا دَيْنَه قَصْدًا لتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه ، لِيُصَلِّيَ عليه رسولُ اللهِ ﷺ ، مع عِلْمِهما بأنَّه لم يَتْرُكْ

١٢٥/٤ظ

---

(٢) في م زيادة : « به » .

(٣) في ا ، ب ، م : « فرجع » .

(٤) في النسخ : « لأنه » .

(٥ - ٥) سقط من : ب .

(٦) في الأصل : « والواجب » .

(٧) تقدما في صفحة ٧١ ، ٨٤ .

وَفَاءً ، والمُتَبَرِّعُ لا يَرْجِعُ بشيءٍ ، وإنما الخِلَافُ فى المُحْتَسِبِ بالرُّجُوعِ .

فصل : ويَرْجِعُ الضَّامِنُ على المَضْمُونِ عنه بأقَلِّ الأمْرَيْنِ ممَّا قَضَى أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه إن كان الأقَلَّ الدَّيْنَ ، فالزَّائِدُ لم يكُنْ وَاجِبًا ، فهو مُتَبَرِّعٌ بأدَائِه ، وإن كان المَقْضِيُّ أقَلَّ ، فإنَّما يَرْجِعُ بما غَرِمَ ، ولهذا لو أبْرَأَهُ غَرِيمُه لم يَرْجِعْ بشيءٍ . وإن[8] دَفَعَ عن الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَعَ بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِه أو قَدْرِ الدَّيْنِ لذلك . وإن قَضَى المُؤَجَّلَ قبلَ أجَلِه ، لم يَرْجِعْ به قبلَ أجَلِه ؛ لأنَّه لا يَجِبُ له أكْثَرُ ممَّا كان لِلْغَرِيمِ . فإن أحَالَهُ ، كانت الحَوَالَةُ بمَنْزِلَةِ تَقْبِيضِه ، ويَرْجِعُ بالأقَلِّ ممَّا أحَالَ به أو قَدْرِ الدَّيْنِ ، سواءٌ قَبَضَ الغَرِيمُ مِن المُحَالِ عليه أو أبْرَأَهُ ، أو تَعَذَّرَ عليه الاسْتِيفَاءُ ، لِفَلَسٍ أو مَطْلٍ ؛ لأنَّ نَفْسَ الحَوَالَةِ كالإقْبَاضِ .

فصل : ولو كان على رَجُلَيْنِ مائةٌ ، على كلِّ واحِدٍ[9] منهما نِصْفُها ، وكلُّ واحِدٍ ضَامِنٌ عن صَاحِبِه[10] ما عليه[10] ، فضَمِنَ آخَرُ عن أحَدِهِما المائةَ بأمْرِه وقَضَاهَا ، سَقَطَ الحَقُّ عن الجَمِيعِ ، وله الرُّجُوعُ بها على الذى ضَمِنَ عنه ، ولم يكُنْ له أن يَرْجِعَ على الآخَرِ بشيءٍ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ عنه ، ولا أُذِنَ له فى القَضاءِ ، فإذا رَجَعَ على الذى ضَمِنَ عنه ، رَجَعَ على الآخَرِ بِنِصْفِها ، إن كان ضَمِنَ عنه بإذْنِه ؛ لأنَّه ضَمِنَها عنه بإذْنِه ، وقَضَاهَا ضَامِنُه . والرِّوَايَةُ الثانية ، له الرُّجُوعُ على الآخَرِ بالمائةِ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ له على من أدَّاهَا عنه ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ بها عليه كالأصِيلِ[11] .

فصل : إذا ضَمِنَ عن رَجُلٍ بأمْرِه[12] ، فطُولِبَ الضَّامِنُ ، فله مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه بتَخْلِيصِه ؛ لأنَّه لَزِمَهُ الأدَاءُ عنه بأمْرِه ، فكانت له المُطالَبَةُ بتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه . وإن لم يُطَالَبِ الضَّامِنُ ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ / المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لمَّا لم يكُنْ له الرُّجُوعُ بالدَّيْنِ ٤/١٢٦و

---

(٨) فى الأصل : « ولو » .

(٩) سقط من : ا ، م .

(١٠ – ١٠) سقط من : م .

(١١) فى م : « كالأصل » .

(١٢) فى م : « بإذنه » .

قبلَ غَرامَته ، لم يكُنْ له المُطَالَبَةُ به[13] قبلَ طَلَبه منه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ له المُطَالَبَةَ ؛ لأنَّه شَغَلَ ذِمَّتَه بإذْنِه ، فكانت له المُطَالَبَةُ بتَفْريغِها ، كما لو استَعارَ عَبْدًا فرهَنَه ، كان لسَيِّدِه[14] مُطالَبَتُه بفَكاكِه وتَفْريغِه من الرَّهْنِ . والأوَّلُ أوْلَى . ويُفارِقُ الضَّمَانُ العَارِيَّةَ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ يَتَضَرَّرُ بتَعْوِيقِ مَنافِعِ عَبْدِه المُسْتَعَارِ ، فمَلَكَ المُطالَبَةَ بما يُزِيلُ الضَّرَرَ عنه ، والضَّامِنُ لا يَبْطُلُ بالضَّمَانِ شيءٌ من مَنافِعِه . فأمَّا إن ضَمِنَ عنه بغيرِ أمْرِه ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأداءِ بحالٍ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له يُطَالِبُ به ، ولا شَغَلَ ذِمَّتَهُ بأمْرِه ، فأشْبَهَ الأجْنَبِيَّ . وقيل : إنَّ هذا يَنْبَنِى على الرِّوَايَتَيْنِ فى رُجُوعِه على المَضْمُونِ عنه بما أدَّى عنه ، فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فلا مُطَالَبَةَ له بحَالٍ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فحُكْمُه حُكْمُ مَن ضَمِنَ عنه بأمْرِهِ ، على ما مَضَى مِن[15] تَفْصِيلِه .

فصل : فإن ضَمِنَ الضَّامِنَ ضَامِنٌ آخَرُ ، فقَضَى أحَدُهم الدَّيْنَ ، بَرِئُوا جَمِيعًا . فإن قَضَاهُ المَضْمُونُ عنه ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن قَضَاهُ الضَّامِنُ الأوَّلُ رَجَعَ على المَضْمُونِ عنه دون الضَّامِنِ عنه . وإن قَضَاهُ الثانى رَجَعَ على الأوَّلِ ، ثم رَجَعَ الأوَّلُ على المَضْمُونِ عنه ، إذا كان كلُّ واحدٍ منهما قد أذِنَ لصاحِبه ، فإن لم يكُنْ أذِنَ له ، ففى الرُّجُوعِ رِوَايَتانِ . وإن أذِنَ الأوَّلُ لِلثّانِى ، ولم يَأْذَنِ المَضْمُونُ عنه ، أو أذِنَ المَضْمُونُ عنه لِضَامِنِه ، ولم يَأْذَن الضَّامِنُ لِضَامِنِه ، رَجَعَ المأْذُونُ له على مَن أذِنَ له ، ولم يَرْجِع الآخَرُ على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فإن أذِنَ المَضْمُونُ عنه لِلضَّامِنِ الثانى فى الضَّمَانِ ، ولم يَأْذَنْ له الضَّامِنُ الأوَّلُ ، رَجَعَ على المَضْمُونِ عنه ، ولم يَرْجِعْ على الضَّامِنِ ؛ لأنَّه إنَّما رَجَعَ[16] على مَن أذِنَ له دُونَ غيرِه .

فصل : إذا كان له ألْفٌ على رَجُلَيْنِ ، على كلِّ واحِدٍ منهما نِصْفُهُ ، وكلُّ واحِدٍ منهما

---

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى ا ، م : « للسيد » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) فى ب ، م : « يرجع » .

ضَامِنٌ عن صَاحِبه ، فأَبْرأَ الغَرِيمُ أحَدَهما من الأَلْفِ ، بَرِئَ منه ، وبَرِئَ صَاحِبُه من ضَمَانِه ، وبَقِىَ عليه خَمْسُمائة . (١٧ وإن قَضَاهُ أَحَدُهُما خَمْسَمائة ١٧) ، أو أَبْرَأَهُ الغَرِيمُ منها ، وعَيَّنَ القَضَاءَ بلَفْظِه أو ببَيِّنَةٍ عن الأَصْلِ والضَّمَانِ / ، انْصَرَفَ إليه . وإن أَطْلَقَ ، احْتَمَلَ أنَّ له صَرْفَها إلى ما شَاءَ منهما ، (١٨ كمَن أَخْرَجَ زَكَاةَ نِصَابٍ وله نِصَابَانِ غَائِبٌ وحَاضِرٌ ، كان له صَرْفُها إلى ما شَاءَ منهما ١٨) . واحْتَمَلَ أن يكونَ نِصْفُها عن الأَصْلِ ، ونِصْفُها عن الضَّمَانِ ؛ لأنَّ إطْلَاقَ القَضَاءِ والإِبْرَاءِ يَنْصَرِفُ إلى جُمْلَةِ ما فى ذِمَّتِه ، فيكونُ منهما[١٩] ، والمُعْتَبَرُ فى القَضَاءِ لَفْظُ القاضِى ونِيَّتُه ، وفى الإِبْرَاءِ لَفْظُ المُبْرِئِ ونِيَّتُهُ ، ومتى اخْتَلَفُوا فى ذلك ، فالقولُ قولُ مَن المُعْتَبَرُ لَفْظُه ونِيَّتُه .

٤/١٢٦ظ

فصل : ولو ادَّعَى أَلْفًا على حَاضِرٍ وغَائِبٍ ، وأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما ضَامِنٌ عن صَاحِبه ، فاعْتَرَفَ الحَاضِرُ بذلك ، فله أَخْذُ الأَلْفِ منه ، فإذا قَدِمَ الغَائِبُ فَاعْتَرَفَ ، رَجَعَ عليه صَاحِبُه بِنِصْفِه ، وإن أَنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، وإن أَنْكَرَ الحاضِرُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فإن قَامَتْ عليه بَيِّنَةٌ فَاسْتَوْفَى الأَلْفَ منه ، لم يَرْجِعْ على الغَائِبِ بشىءٍ ؛ لأنَّه بإنْكارِهِ مُعْتَرِفٌ أنَّه لا حَقَّ له عليه ، وإنما المُدَّعِى ظَلَمَهُ . وإن اعْتَرَفَ الغَائِبُ وعَادَ الحَاضِرُ عن إنْكارِهِ ، فله أن يَسْتَوْفِىَ منه ؛ لأنَّه يَدَّعِى عليه حَقًّا يَعْتَرِفُ له به ، فكان له أَخْذُه منه . وإن لم يَقُمْ على الحَاضِرِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ وبَرِئَ ، فإذا قَدِمَ الغائِبُ فأَنْكَرَ أيضا وحَلَفَ ، بَرِئَ ، وإن اعْتَرَفَ ، لَزِمَهُ دَفْعُ الأَلْفِ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافِعِىِّ : لا يَلْزَمُه إلَّا خَمْسُ المائةِ الأَصْلِيَّةِ دون المَضْمُونَةِ ؛ لأنَّها سَقَطَتْ عن المَضْمُونِ عنه بيَمِينِه ، فتَسْقُطُ عن ضَامِنِه . ولَنا ، أنَّه مُعْتَرِفٌ[٢٠] بها وغَرِيمُه يَدَّعِيها ،

(١٧ - ١٧) سقط من : ب .

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى ب ، م : « بينهما » .

(٢٠) فى م : « يعترف » .

واليَمِينُ إنَّما أَسْقَطَتِ المُطَالَبَةَ عنه فى الظَّاهِرِ ، ولم تُسْقِطْ عنه الحَقَّ الذى فى ذِمَّتِه ، ولهذا لو قَامَتْ عليه بَيِّنَةٌ بعدَ يَمِينِه ، لَزِمَهُ ، ولَزِمَ الضَّامِنَ .

فصل : وإذا ادَّعَى الضَّامِنُ أنَّه قَضَى الدَّيْنَ ، فأنْكَرَ المَضْمُونُ له ، ولا بَيِّنَةَ له ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه ادَّعَى تَسْلِيمَ المالِ إلى مَن لم يَأْمَنْهُ عليه[٢١] ، فكان القولُ قولَ المُنْكِرِ ، وله مُطَالَبَةُ مَن شاءَ منهما ، فإن رَجَعَ على المَضْمُونِ عنه ، فهل يَرْجِعُ الضَّامِنُ بما قَضَاهُ عنه ؟ نَظَرْنَا ؛ فإن لم يَعْتَرِفْ له بالقَضاءِ ، لم يَرْجِعْ عليه ، وإن اعْتَرَفَ له بالقَضَاءِ ، وكان قد قَضَى بغير بَيِّنَةٍ فى غَيْبَةِ المَضْمُونِ عنه ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، سواءٌ صَدَّقَهُ المَضْمُونُ عنه أو كَذَّبَهُ ؛ لأنَّه أَذِنَ له فى قَضاءٍ مُبْرِئٍ ولم يُوجَدْ ، وإن قَضاهُ بِبَيِّنَةٍ ، ثَبَتَ بها الحَقُّ ، لكن إن[٢٢] كانت مَيْتَةً أو غَائِبَةً فَلِلضَّامِنِ / الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ له[٢٣] ؛ لأنه مُعْتَرِفٌ[٢٤] أنه ما قَصَّرَ ولا فَرَّطَ . وإن قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ مَرْدُودَةٍ بأَمْرٍ ظَاهِرٍ ، كالكُفْرِ والفِسْقِ الظَّاهِرِ ، لم يَرْجِع الضَّامِنُ لِتَفْرِيطِه ؛ لأنَّ هذه البَيِّنَةَ كَعَدَمِهَا . وإن رُدَّتْ بِأَمْرٍ خَفِىٍّ ، كالفِسْقِ البَاطِنِ ، أو كانت الشَّهادَةُ مُخْتَلَفًا فيها ، مثل أن أَشْهَدَ عَبْدَيْنِ ، أو شَاهِدًا واحِدًا ، فَرُدَّتْ لذلك ، أو كان مَيْتًا أو غَائِبًا ، احْتَمَلَ أن يَرْجِعَ ؛ لأنَّه قَضَى بِبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، والجَرْحُ والتَّعْدِيلُ ليس إليه . واحْتَمَلَ أن لا يَرْجِعَ ؛ لأنَّه أَشْهَدَ مَن لا يَثْبُتُ الحَقُّ بِشَهَادَتِه . وإن قَضَى بغير بَيِّنَةٍ بِحَضْرَةِ[٢٥] المَضْمُونِ عنه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَرْجِعُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه إذا كان حَاضِرًا كان الاحْتِياطُ إليه ، فإذا تَرَكَ التَّحَفُّظ وهو حَاضِرٌ ، فهو المُفَرِّطُ دونَ الضَّامِنِ . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه قَضَى قَضاءً لا يُبْرِئُ ، فأَشْبَهَ ما لو قَضَى فى غَيْبَتِه . فأمَّا إن رَجَعَ[٢٦]

١٢٧/٤ و

---

(٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٣) فى م : « عنه » .

(٢٤) فى م : « يعترف » .

(٢٥) فى ا : « بحضور » .

(٢٦) فى الأصل ، ب : « يرجع » .

المَضْمُونَ له على الضَّامِنِ، فاسْتَوْفَى منه مَرَّةً ثانيةً، رَجَعَ على[27] المَضْمُونِ عنه بما قَضاهُ ثانيا ؛ لأنَّه أَبْرَأَ به ذِمَّتَهُ ظَاهِرًا . قال القاضِى : ويَحْتَمِلُ أنَّ له الرُّجُوعَ بما قَضَاهُ أَوَّلًا دونَ الثانى ؛ لأنَّ البَراءَةَ حَصَلَتْ به فى البَاطِنِ . ولأَصحابِ الشَّافِعِىِّ كهذَيْنِ الوَجْهَيْنِ وَجْهٌ ثالثٌ ، أنَّه لا يَرْجِعُ بشيءٍ بحالٍ ؛ لأنَّ الأَوَّلَ ما أَبْرَأَهُ ظَاهِرًا ، والثانىَ ما أَبْرَأَهُ بَاطِنًا . ولَنا ، أنَّ الضَّامِنَ أَدَّى عن المَضْمُونِ عنه[28] بإذْنِه إذا أَبْرَأَهُ ظَاهِرًا وبَاطِنًا فرَجَعَ به ، كما لو قَامَتْ به البَيِّنَةُ . والوَجْهُ الأَوَّلُ أَرْجَحُ ؛ لأنَّ القَضاءَ المُبْرِئَ فى الباطِنِ ما أَوْجَبَ الرُّجُوعَ ، فيَجِبُ أن يَجِبَ بالباقِى المُبْرِئِ فى الظَّاهِرِ . وإن اعْتَرَفَ المَضْمُونُ له بالقَضَاءِ ، وأَنْكَرَ المَضْمُونُ عنه ، لم يُلْتَفَتْ إلى إنْكَارِهِ ؛ لأنَّ ما فى ذِمَّتِه حَقٌّ لِلمَضْمُونِ[29] له ، فإذا اعْتَرَفَ بالقَبْضِ من الضَّامِنِ ، فقد اعْتَرَفَ بأنَّ الحَقَّ الذى له صَارَ لِلضَّامِنِ ، فيَجِبُ أن يُقْبَلَ إقْرَارُهُ ، لكَوْنِه إقْرَارًا فى حَقِّ نَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّ الضَّامِنَ مُدَّعٍ لما يَسْتَحِقُّ به الرُّجُوعَ على المَضْمُونِ عنه ، فقولُ المَضْمُونِ له شَهَادَةٌ على فِعْلِ نَفْسِه ، فلا يُقْبَلُ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ، وشَهادَةُ الإنْسَانِ على فِعْلِ نَفْسِه صَحِيحَةٌ ، كشَهادَةِ المُرْضِعَةِ بالرَّضَاعِ ، وقد ثَبَتَ ذلك بخَبَرِ عُقْبَةَ بنِ الحارِثِ[30] .

فصل : ولا يَدْخُلُ الضَّمانَ والكَفالةَ خِيارٌ ؛ لأنَّ الخِيارَ جُعِلَ لِيُعْرَفَ ما فيه الحَظُّ ،

---

(27) سقط من : الأصل .

(28) سقط من : م .

(29) فى ا ، م : « المضمون » .

(30) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ، فأتيت النبى ﷺ ، فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت لى : إنى قد أرضعتكما . وهى كاذبة . فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه قلت : إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمتْ أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » .

أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٧٠ ، ٧ / ١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٩٣ . والدارمى ، فى : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٧ ، ٣٨٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب النكاح . المصنف ٧ / ٤٨١ ، ٤٨٢ .

٤/١٢٧ظ / والضَّمِينُ والكَفِيلُ دَخَلا[٣١] على بَصِيرَةٍ أنَّه لاحَظَّ لهما ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَدْخُلْهُ خِيارٌ ، كالنَّذْرِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِيُّ . ولا نَعْلَمُ عن أحَدٍ خِلافَهم . فإن شَرَطَ الخِيارَ فيهما ، فقال القاضى : عندى أنَّ الكَفالةَ تَبْطُلُ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه شَرَطَ ما يُنَافِى مُقْتَضاهَا ، فَفَسَدَتْ ، كما لو شَرَطَ أن لا يُؤَدِّىَ ما على المَكْفُولِ به ، وذلك لأنَّ مُقْتَضَى الضَّمانِ والكَفالةِ لُزُومُ ما ضَمِنَه أو كَفَلَ به ، والخِيارُ يُنَافِى ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الشَّرْطُ وتَصِحَّ الكَفَالَةُ ، كما قُلْنا فى الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ فى البَيْعِ . ولو أقَرَّ بأنَّه كَفَلَ[٣٢] بِشَرْطِ الخِيارِ ، لَزِمَتْهُ الكَفالةُ ، وبَطَلَ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه وَصَلَ بإقْرارِهِ ما يُبْطِلُه ، فأشْبَهَ اسْتِثْنَاءَ الكُلِّ .

فصل : وإذا ضَمِنَ رجلانِ عن رجلٍ أَلْفًا ، ضَمانَ اشْتِرَاكٍ[٣٣] فقالا : ضَمِنَّا لك الأَلْفَ الذى على زَيْدٍ . فكلُّ واحدٍ منهما ضَامِنٌ لِنِصْفِه . وإن كانوا ثَلاثَةً ، فكلُّ واحدٍ منهم[٣٤] ضَامِنٌ ثُلُثَهُ . فإن قال واحدٌ منهم[٣٤] : أنا وهذان[٣٥] ضَامِنُونَ لك الأَلْفَ . فسَكَتَ الآخرانِ ، فعليه ثُلُثُ الأَلْفِ ، ولا شىءَ عليهما . وإن قال كلُّ واحدٍ منهم : كلُّ واحدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لك الأَلْفَ . فهذا ضَمَانُ اشْتِرَاكٍ وانْفِرادٍ ، وله مُطَالَبَةُ كلِّ واحدٍ منهم بالأَلْفِ كلِّه إن شاءَ . وإن أدَّى أحَدُهم الأَلْفَ كلَّه ، أو حِصَّتَهُ منه[٣٦] . لم يَرْجِعْ إلَّا على المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم ضَامِنٌ أَصْلِىٌّ ، وليس بِضَامِنٍ عن الضَّامِنِ الآخَرِ .

٨٢٥ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسٍ لَزِمَهُ مَا عَلَيْهَا إنْ لَمْ يُسَلِّمْهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ الكَفَالةَ بالنَّفْسِ صَحِيحَةٌ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . هذا مذهبُ

---

(٣١) سقط من : ا ، م .
(٣٢) فى الأصل : « كفيل » .
(٣٣) فى ا ، م : « اشتراط » .
(٣٤) سقط من : الأصل ، ب .
(٣٥) فى م : « وهذا » .
(٣٦) سقط من : م .

شُرَيْحٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، واللَّيْثِ ، وأبي حنيفةَ . وقال الشَّافِعِيُّ في بعض أَقْوالِه : الكَفالَةُ بالبَدَنِ ضَعِيفَةٌ . واخْتَلَفَ أصْحابُه ، فمنهم مَن قال : هي صَحِيحَةٌ قَوْلًا واحِدًا . وإنَّما أرادَ أنَّها ضَعِيفَةٌ في القِيَاسِ ، وإن كانت ثَابِتَةً بالإِجْمَاعِ والأَثَرِ . ومنهم مَن قال : فيها قَوْلَانِ ؛ أحدُهما ، أنَّها غيرُ صَحِيحَةٍ ؛ لأنَّها كَفالَةٌ بِعَيْنٍ ، فلم تَصِحَّ ، كالكَفالَةِ بالوَجْهِ وبَدَنِ الشَّاهِدين . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾[1] . ولأنَّ ما وَجَبَ تَسْلِيمُه بعَقْدٍ وَجَبَ تَسْلِيمُه بعَقْدِ الكَفالَةِ ، كالمالِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه / متى تَعَذَّرَ على الكَفِيلِ إحْضَارُ المَكْفُولِ به مع حَيَاتِه ، أو امْتَنَعَ من إحْضَارِه ، لَزِمَهُ ما عليه . وقال أكْثَرُهم : لا يَغْرَمُ . ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »[2] . ولأنَّها أحَدُ نَوْعَيِ الكَفالَةِ ، فوَجَبَ بها الغُرْمُ ، كالكَفالَةِ بالمالِ .

١٢٨/٤ و

فصل : وإذا قال : أنا كَفِيلٌ بفُلَانٍ ، أو بِنَفْسِه ، أو بِبَدَنِه ، [3]أو بِوَجْهِه ، كان كَفِيلًا به . وإن كَفَلَ بِرأْسِه أو كَبِدِه[3] ، أو جُزْءٍ لا تَبْقَى الحَيَاةُ بِدُونِه ، أو بِجُزْءٍ شَائِعٍ منه ، كثُلُثِه أو رُبُعِه ، صَحَّتِ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضَارُ ذلك إلَّا بإحْضَارِه كلِّه . وإن تَكَفَّلَ بِعُضْوٍ تَبْقَى الحَيَاةُ بعدَ زَوَالِه ، كَيدِه ورِجْلِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ الكَفَالَةُ . وهو قولُ أبي الخَطَّابِ ، وأحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضَارُ هذه الأَعْضَاءِ على صِفَتِها إلَّا بإحْضَارِ البَدَنِ كلِّه ، فأَشْبَهَ الكَفالَةَ بوَجْهِه ورأْسِه ، ولأنَّه حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بالجُمْلَةِ فيَثْبُتُ حُكْمُه إذا أُضِيفَ إلى البعضِ ، كالطَّلَاقِ والعَتَاقِ . والثاني ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ إحْضَارُهُ بدون الجُمْلَةِ مع بَقَائِها . وقال القاضي : لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ ببعضِ البَدَنِ ، ولا تَصِحُّ إلَّا في جَمِيعِه ؛ لأنَّ ما لا يَسْرِي لا يَصِحُّ إذا خُصَّ به عُضْوٌ ، كالبَيْعِ والإِجَارَةِ .

---

(١) سورة يوسف ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٧١ .

(٣ - ٣) سقط من : ا .

فصل : وتَصِحُّ الكَفالَةُ بِبَدَنِ كلِّ مَن يَلْزَمُ حُضورُه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ بِدَيْنٍ لَازِمٍ ، سواءٌ كان الدَّيْنُ مَعْلُومًا أو مَجْهولًا . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ(٤) : لا تَصِحُّ بمَن عليه دَيْنٌ مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه قد يَتَعذَّرُ إحْضَارُ المَكْفُولِ به ، فيَلْزَمُه الدَّيْنُ ، ولا يُمْكِنُ طَلَبُه منه لِجَهْلِه . ولَنا ، أنَّ الكَفَالَةَ بالبَدَنِ لا بالدَّيْنِ ، والبَدَنُ مَعْلُومٌ ، فلا تَبْطُلُ الكَفالَةُ لِاحْتِمالِ عَارِضٍ ، ولأنَّا قد تَبَيَّنَّا أنَّ ضَمانَ المَجْهُولِ يَصِحُّ ، وهو الْتِزامُ المالِ ابْتِداءً ، فالكَفالَةُ التى لا تَتَعَلَّقُ بالمالِ ابْتِدَاءً أَوْلَى(٥) . وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ؛ لأنَّهما قد يَجِبُ إحْضارُهما مَجْلِسَ الحُكْمِ لِلشَّهَادَةِ عليهما بالإتْلافِ ، وإذْنُ(٦) وَلِيِّهما يَقُومُ مَقامَ إذْنِهما . وتَصِحُّ الكَفالَةُ بِبَدَنِ المَحْبُوسِ والغَائِبِ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَصِحُّ . ولَنا ، أنَّ كلَّ وَثِيقةٍ صَحَّتْ مع الحُضُورِ صَحَّتْ مع الغَيْبَةِ والحَبْسِ ؛ كالرَّهْنِ والضَّمانِ ، ولأنَّ الحَبْسَ لا يَمْنَعُ من التَّسْلِيمِ ، لكَوْنِ المَحْبُوسِ يُمْكِنُ تَسْلِيمُه بأَمْرِ الحاكِمِ ، أو أَمْرِ من حَبَسَهُ ، ثم يُعِيدُه إلى الحَبْسِ بالحَقَّيْنِ جَمِيعًا ، والغائِبُ يَمْضِى إليه فيُحْضِرُهُ إن كانت الغَيْبَةُ غيرَ مُنْقَطِعَةٍ ، وهو أن يَعْلَمَ خَبَرَهُ ، / وإن لم يَعْلَمْ خَبَرَهُ ، لَزِمَهُ ما عليه : قالَه القاضى . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : لا يَلْزَمُه ما عليه حتى تَمْضِىَ مُدَّةٌ يُمْكِنُه الرَّدُّ فيها ، فلا يَفْعَلُ . ١٢٨/٤ ظ

فصل : ولا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ مَن عليه حَدٌّ ، سواءٌ كان حَقًّا للهِ تعالى ، كحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، أو لآدَمِىٍّ ، كحَدِّ القَذْفِ والقِصَاصِ . وهذا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ؛ منهم شُرَيْحٌ ، والحَسَنُ . وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ فى حُدُودِ اللهِ تعالى ، واخْتَلَفَ قولُه فى حُدُودِ الآدَمِىِّ ، فقال فى مَوْضِعٍ : لا كَفَالَةَ فى حُدُودِ(٧) الآدَمِىِّ(٨) ولا لِعَانَ . وقال فى مَوْضِعٍ : تَجُوزُ الكَفالَةُ بمَن عليه حَقٌّ أو

---

(٤) فى م : « أصحاب الشافعى » .

(٥) من هنا إلى آخر قوله : « إذنهما » الآتى سقط من : الأصل .

(٦) فى ب : « فإذن » .

(٧) سقط من : الأصل ، ا . وفى ب : « حد » .

(٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

حَدٌّ ؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِيٍّ ، فَصَحَّتِ الكَفَالَةُ به ، كسَائِرِ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيهِ ، عن جَدِّه ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا كَفَالَةَ فى حَدٍّ »[9] . ولأنَّه حَدٌّ ، فلم تَصِحَّ الكَفالَةُ فيه كحُدُودِ اللهِ تعالى ، ولأنَّ الكَفالَةَ اسْتِيثَاقٌ ، والحُدُودُ مَبْناها على الإسْقاطِ والدَّرْءِ بالشُّبُهاتِ ، فلا يَدْخُلُ فيها الاسْتِيثَاقُ ، ولأنَّه حَقٌّ لا يَجوزُ اسْتِيفاؤُه من الكَفِيلِ إذا تَعَذَّرَ عليه إحْضَارُ المَكْفُولِ به ، فلم تَصِحَّ الكَفَالَةُ بمَن هو عليه ، كَحَدِّ الزِّنَى .

فصل : ولا تجوزُ الكَفالةُ بالمُكاتَبِ من أجْلِ دَيْنِ الكِتابةِ ؛ لأنَّ الحُضُورَ لا يَلْزَمُه . فلا تجوزُ الكَفالةُ به ، كدَيْنِ الكِتابةِ .

فصل : وتَصِحُّ الكَفالةُ حَالَّةً ومُؤَجَّلَةً ، كما يَصِحُّ الضَّمانُ حَالًّا ومُؤَجَّلًا ، وإذا أطْلَقَ كانت حَالَّةً ؛ لأنَّ كلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُه الحُلُولُ اقْتَضَى إطْلَاقُه الحُلُولَ ، كالثَّمَنِ والضَّمَانِ ، فإذا تَكَفَّلَ حَالًّا كان له مُطَالَبَتُه بإحْضَارِه ، فإن أحْضَرَه وهناك يَدٌ حَائِلَةٌ ظَالِمةٌ لم يَبْرأْ منه ، ولم يَلْزَمِ المَكْفُولَ له تَسلُّمُه[10] ؛ لأنَّه لا يَحْصُلُ له غَرَضُه . وإن لم يكُنْ يَدٌ حَائِلَةٌ ، لَزِمَهُ قَبُولُه ، فإن قَبِلَهُ بَرِئَ من الكَفَالَةِ . وقال ابنُ أبى موسى : لا يَبْرَأُ حتى يقولَ : قد بَرِئْتُ إليك منه . أو قد سَلَّمْتُه إليك . أو قد أخْرَجْتُ نَفْسِى من كَفَالَتِه . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على عَمَلٍ ، فبَرِئَ منه بالعَمَلِ المَعْقُودِ عليه ، كالإجَارَةِ . فإن امْتَنَعَ من تَسلُّمِه بَرِئَ ؛ لأنَّه أحْضَرَ ما يَجِبُ تَسْلِيمُه [11]عند غَرِيمِه وطَلَبَ منه تَسلُّمَهُ[11] على وَجْهٍ لا ضَرَرَ فى / قَبْضِه ، فبَرِئَ منه [12]كالمُسْلَمِ فيه[12] . وقال بعضُ أصْحَابِنا : إذا امْتَنَعَ من تَسلُّمِه ، أشْهَدَ على امْتِنَاعِه رَجُلَيْنِ ، وبَرِئَ ؛ لأنَّه فَعَلَ ما وَقَعَ

١٢٩/٤و

---

(٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الكفالة ببدن من عليه حق ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٧ .

(١٠) فى ا : « تسليمه » .

(١١ – ١١) سقط من : ا .

(١٢ – ١٢) فى ا : « كما لو تسلم منه » .

العَقْدُ على فِعْلِه ، فبَرِئَ منه . وقال القاضى : يَرْفَعُه إلى الحاكِمِ فيُسَلِّمُهُ إليه ؛ فإن لم يَجِدْ حاكِمًا أشْهَدَ شاهِدَيْنِ على إحْضارِه وامْتِناعِ المَكْفُولِ له من قَبُولِه . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ مع وُجُودِ صاحِبِ الحَقِّ لا يَلْزَمُه دَفْعُه إلى نائِبِه ، كحاكِمٍ أو غيرِه . وإن كانت الكَفالَةُ مُؤَجَّلَةً ، لم يَلْزَمْه[13] إحْضارُه قبلَ الأَجَلِ ، كالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، فإذا حَلَّ الأجَلُ فأحْضَرَهُ وسَلَّمَهُ بَرِئَ . وإن كان غائِبًا أو مُرْتَدًّا لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ ، لم يُؤْخَذْ بالحَقِّ حتى يَمْضِيَ زَمَنٌ يُمْكِنُ المُضِيُّ إليه وإعَادَتُه . وقال ابن شُبْرُمَةَ : يُحْبَسُ فى الحالِ ؛ لأنَّ الحَقَّ قد تَوَجَّهَ عليه . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ يُعْتَبَرُ فى وُجُوبِ أدائِه إمكانُ التَّسْلِيمِ . وإن كان حَالًّا كالدَّيْنِ ، فإذا مَضَتْ مُدَّةٌ يمكنُ إحْضَارُه فيها ولم يُحْضِرْه ، أو كانت الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ خَبَرُهُ ، أو امْتَنَعَ من إحْضَارِهِ مع إمْكَانِه ، أُخِذَ بما عليه . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : إن كانت الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ مَكانُه ، لم يُطَالَبِ الكَفِيلُ بإحْضَارِه ، ولم يَلْزَمْهُ شىءٌ ، وإن امْتَنَعَ من إحْضَارِهِ مع إمْكَانِه حُبِسَ . وقد دَلَّلْنَا على[14] وُجُوبِ الغُرْمِ فيما مَضَى . وإن أحْضَرَ المَكْفُولَ به قبلَ الأَجَلِ ، ولا ضَرَرَ فى تَسْلِيمِه ، لَزِمَهُ . وإن كان فيه ضَرَرٌ ، مثل أن تكونَ حُجَّةُ الغَرِيمِ غائِبَةً ، أو لم يكُنْ يومَ مَجْلِسِ الحاكِمِ ، أو الدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ عليه لا يُمْكِنُ اقْتِضَاؤُه منه ، أو قد وَعَدَهُ بالإنْظارِ فى تلك المُدَّةِ ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه ، كما نقولُ فى مَن دَفَعَ الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ قبل حُلُولِه .

فصل : وإذا عَيَّنَ فى الكَفالَةِ تَسْلِيمَهُ فى مكانٍ ، فأحْضَرَهُ فى غيرِه ، لم يَبْرأْ من الكَفالَةِ . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال القاضى : إن أحْضَرَهُ بمكانٍ آخَرَ من البَلَدِ وسَلَّمَهُ ، بَرِئَ من الكَفالَةِ . وقال بعضُ أصْحَابِنا : متى أحْضَرَهُ فى أىِّ مكانٍ كان ، وفى ذلك المَوْضِعِ سُلْطَانٌ ، بَرِئَ من الكَفالَةِ ؛ لكَوْنِه لا يُمْكِنُه الامْتِناعُ من مَجْلِسِ الحاكِمِ ، ويُمْكِنُ إثْبَاتُ الحُجَّةِ فيه . وقيل : إن كان عليه ضَرَرٌ فى إحْضَارِه بمكانٍ آخَرَ ، لم يَبْرأ الكَفِيلُ بإحْضَارِه فيه ، وإلَّا بَرِئَ ، كقَوْلِنا فيما إذا أحْضَرَهُ / قبل الأَجَلِ . ١٢٩/٤ظ

(١٣) فى ا ، ب ، م : « يلزم » .

(١٤) فى الأصل : « فى » .

ولأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ اخْتِلَافٌ على نحوِ ما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنَّه سَلَّمَ ما شَرَطَ تَسْلِيمَه فى مكانٍ فى غيرِه ، فلم يَبْرَأْ ، كما لو أَحْضَرَ المُسَلَّمَ فيه فى غير هذا[15] المَوْضِعِ الذى شَرَطَهُ ، ولأنَّه قد سَلَّمَ[16] فى مَوْضِعٍ لا يَقْدِرُ على إثْبَاتِ الحُجَّةِ فيه ، لِغَيْبَةِ شُهُودِه ، أو غيرِ ذلك ، وقد يَهْرُبُ منه ، ولا يَقْدِرُ على إمْسَاكِه ، ويُفارِقُ ما إذا أَحْضَرَهُ قبلَ الأَجَلِ ، فإنَّه عَجَّلَ الحَقَّ قبل أجَلِه ، فزادَه خَيْرًا ، فإذا لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ وَجَبَ قَبُولُه . وإن وَقَعَتِ الكَفَالَةُ مُطْلَقَةً ، وَجَبَ تَسْلِيمُه فى مكانِ العَقْدِ ، كالسَّلَمِ . فإن سَلَّمَهُ فى غيرِه ، فهو كتَسْلِيمِه فى غير المكانِ الذى عَيَّنَهُ . وإن كان المَكْفُولُ به مَحْبُوسًا عند غيرِ الحاكِمِ ، لم يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُه[17] مَحْبُوسًا ؛ لأنَّ ذلك الحَبْسَ يَمْنَعُه اسْتِيفَاءَ حَقِّه . وإن كان مَحْبُوسًا عند الحاكِمِ ، فسَلَّمَهُ إليه مَحْبُوسًا لَزِمَهُ تَسْلِيمُه[18] ؛ لأنَّ حَبْسَ الحاكِمِ لا يَمْنَعُه اسْتِيفَاءَ حَقِّه . وإذا طَالَبَ الحاكِمُ بإحْضَارِه ، أَحْضَرَهُ مَجْلِسَه ، وحَكَمَ بينهما ، ثم يَرُدُّه إلى الحَبْسِ . فإن تَوَجَّهَ عليه حَقٌّ لِلْمَكْفُولِ له ، حَبَسَهُ بالحَقِّ الأَوَّلِ وحَقِّ[19] المَكْفُولِ له[20] .

فصل : وإن كَفَلَ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ ، لم تَصِحَّ الكَفالةُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه ليس له وَقْتٌ يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَه فيه ، وهكذا الضَّمَانُ . وإن جَعَلَهُ إلى الحَصادِ والجِزَازِ والعَطَاءِ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ ، كالأَجَلِ فى البَيْعِ[21] . والأَوْلَى صِحَّتُها[22] هنا ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ من غير عِوَضٍ ، جَعَلَ له أجَلًا لا يَمْنَعُ من حُصُولِ المَقْصُودِ منه ، فصَحَّ ،

---

(15) سقط من : ا ، ب .

(16) فى ب : « تسلمه » .

(17) فى ب : « تسلمه » .

(18) فى الأصل : « تسلمه » .

(19) فى م : « أو حق » .

(20) فى ب : « به » .

(21) فى الأصل : « المبيع » .

(22) فى ب : « صحته » .

كالنَّذْرِ . وهكذا كُلُّ مَجْهُولٍ لا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الكَفَالَةِ . وقد رَوَى مُهَنَّا عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ كَفَلَ رَجُلًا[٢٣] ، فقال : إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فما عليه عَلَىَّ . فقال : لا أَدْرِى ، ولكنْ إن قال : سَاعَةَ كذا . لَزِمَهُ . فنَصَّ على تَعْيِينِ السَّاعَةِ وتَوَقَّفَ عن[٢٤] تَعْيِينِ الوَقْتِ ، ولعلَّه أرَادَ وَقْتًا مُتَّسِعًا ، أو وَقْتَ شيءٍ يَحْدُثُ ، مثل وَقْتِ الحَصَادِ ونحوه . فأمَّا إن قال : وَقْتَ طُلُوعِ الشَّمْسِ ، ونحو ذلك ، صَحَّ . وإن قال : إلى الغَدِ أو إلى[٢٥] شَهْرِ كذا . تعلَّق بأوَّلِه ، على ما ذَكَرْنَا فى السَّلَمِ .

فصل : وإذا تَكَفَّلَ بِرَجُلٍ إلى أجَلٍ ، إن جَاءَ به فيه ، وإلَّا لَزِمَهُ ما عليه ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ : وقال محمدُ بن الحَسَنِ والشَّافِعِىُّ : لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ ، ولا يَلْزَمُه ما عليه ؛ / لأنَّ هـذا تَعْلِيقُ الضَّمَانِ بخَطَرٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَهُ بقُدُومِ زَيْدٍ . ‏١٣٠/٤و
ولَنا ، أنَّ هذا مُوجِبُ الكَفالةِ ومُقْتَضَاهَا ، فصَحَّ اشْتِرَاطُه ، كما لو قال : إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فلَكَ حَبْسِى . ومَبْنَى الخِلَافِ هٰهُنا على الخِلَافِ فى أنَّ هذا مُقْتَضَى الكَفَالَةِ ، وقد دَلَّلْنَا عليه . وأمَّا إن قال : إن جِئْتُ به فى[٢٦] وَقْتِ كذا ، وإلَّا فأنا كَفِيلٌ بِبَدَنِ فُلَانٍ ، أو فأنا ضَامِنٌ لك مالَكَ على فُلَانٍ . أو قال : إذا جَاءَ زَيْدٌ فأنا ضَامِنٌ لك ما عليه . أو إذا قَدِمَ الحَاجُّ فأنا كَفِيلٌ بفُلَانٍ . أو قال : أنا كَفِيلٌ بفُلَانٍ شَهْرًا . فقال القاضى : لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ومُحمدِ بن الحَسَنِ ؛ لأنَّ ذلك خَطَرٌ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُ الضَّمَانِ والكَفَالَةِ به ، كَمَجِىءِ المَطَرِ وهُبُوبِ الرِّيحِ ، ولأنَّه إثْبَاتُ حَقٍّ لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا تَوْقِيتُه ، كالهِبَةِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : تَصِحُّ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ وأبى يوسفَ ؛ لأنَّه أضَافَ الضَّمانَ إلى سَبَبِ الوُجُودِ ، فيَجِبُ أن يَصِحَّ ، كضَمَانِ الدَّرَكِ . والأَوَّلُ

---

(٢٣) فى م زيادة : « آخر » .
(٢٤) فى الأصل : « على » .
(٢٥) سقط من : الأصل ، م .
(٢٦) سقط من : م .

أُقَيْسُ . فإن قال : كَفَلْتُ بِفُلَانٍ إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا . وإلَّا فأنا كَفِيلٌ بِفُلانٍ ، أو ضَامِنُ المالِ الذى على فُلَانٍ . لم يَصِحّ فيهما عند القاضى ؛ لأنَّ الأوَّل مُؤَقَّتٌ ، والثانى مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ فيهما . فأمَّا إن قال : كَفَلْتُ بأَحَدِ هٰذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لم يَصِحَّ فى قولِهم جَمِيعًا ؛ لأنَّه غيرُ مَعْلُومٍ فى الحالِ ولا فى المآلِ .

فصل : فإن قال : كَفَلْتُ بِبَدَنِ فُلَانٍ ، على أن يَبْرأَ فُلَانٌ الكَفِيلُ . أو على أن تُبْرِئَهُ من الكَفَالَةِ ؛ لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرَطَ شَرْطًا لا يَلْزَمُ الوَفَاءُ به ، فيكون فَاسِدًا وتَفْسُدُ الكَفَالَةُ به . ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه شَرَطَ تَحْوِيلَ الوَثِيقَةِ التى على الكَفِيلِ إليه[٢٧] . فعلى هذا لا تَلْزَمُه الكَفَالَةُ ، إلَّا أن يُبْرِئَ المَكْفُولُ له الكَفِيلَ الأوَّلَ ؛ لأنَّه إنَّما كَفَلَ بهذا الشَّرْطِ ، فلا تَثْبُتُ كَفَالَتُه بدون شَرْطِه . وإن قال : كَفَلْتُ لك بهذا الغَرِيمِ ، على أن تُبْرِئَنِى من الكَفالةِ بفلانٍ . أو ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ ، بِشَرْطِ أن تُبْرِئَنِى من ضَمَانِ الدَّيْنِ الآخَرِ ، أو على أن تُبْرِئَنِى من الكَفَالَةِ بِفُلَانٍ . خُرِّجَ فيه الوَجْهانِ ، والأَوْلَى أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَطَ فَسْخَ عَقْدٍ فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ بِشَرْطِ فَسْخِ بَيْعٍ آخَرَ . وكذلك لو شَرَطَ فى الكَفَالَةِ أو الضَّمَانِ أن يَتَكَفَّلَ المَكْفُولُ له / أو المَكْفُولُ به بآخَرَ ، أو يَضْمَنَ دَيْنًا عليه ، أو يَبِيعَهُ شيئا عَيَّنَهُ ، أو يُؤْجِرَه دَارَه ، لم يَكُنْ[٢٨] يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْنَا . ١٣٠/٤ ظ

فصل : ولو تَكَفَّلَ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ ، صَحَّ . وأيُّهم قَضَى الدَّيْنَ بَرِئَ الآخَرَانِ[٢٩] ؛ لما ذَكَرْنَا فى الضَّمَانِ . وإن سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَهُ ، بَرِئَ كَفِيلَاهُ ؛ لأنَّه أتَى بما يَلْزَمُ الكَفِيلَيْنِ لأَجْلِه[٣٠] ، وهو إحْضَارُ نَفْسِه ، فبَرِئَتْ ذِمَّتُهما ، كما لو قَضَى الدَّيْنَ . وإن أحْضَرَ أحَدَ الكَفِيلَيْنِ ، لم يَبْرأِ الآخَرُ ؛ لأنَّ إحْدَى الوَثِيقَتَيْنِ انْحَلَّتْ من غيرِ اسْتِيفَاءٍ ، فلم تَنْحَلَّ الأُخْرَى ، كما لو أبْرَأَ أحَدَهما ، أو انْفَكَّ أحَدُ الرَّهْنَيْنِ من غيرِ قَضَاءِ الحَقِّ .

---

(٢٧) فى ب : « به » .

(٢٨) سقط من : ا .

(٢٩) فى ا : « الآخر » .

(٣٠) سقط من : م .

وفارَقَ ما إذا سَلَّمَ المَكْفُولَ به نَفْسَهُ ؛ لأنَّه أَصْلٌ لهما ، فإذا بَرِئَ الأَصْلُ ممَّا تَكَفَّلَ به عنه ، بَرِئَ فَرْعَاهُ ، وكل واحِدٍ من الكَفِيلَيْنِ ليس بِفَرْعٍ للآخَرِ ، فلم يَبْرَأْ بِبَرَاءَتِه . ولذلك لو أَبْرَأَ[٣١] المَكْفُولَ به بَرِئَ[٣٢] كَفِيلَاه . ولو أُبْرِئَ أَحدُ الكَفِيلَيْنِ بَرِئَ وَحْدَه ، دُونَ صَاحِبِه .

فصل : ولو تَكَفَّلَ[٣٣] واحدٌ لِاثْنَيْنِ ، فأَبْرَأَهُ أَحَدُهما ، أو أَحْضَرَهُ عندَ أَحَدِهما ، لم يَبْرَأْ من الآخَرِ ؛ لأَنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ بِمَنْزِلَةِ العَقْدَيْنِ ، فقد الْتَزَمَ إحْضَارَه عندَ كلِّ واحِدٍ منهما ، فإذا أَحْضَرَهُ عند أَحَدِهما[٣٤] ، بَرِئَ منه ، وبَقِيَ حَقُّ الآخَرِ[٣٥] ، كما لو كان فى عَقْدَيْنِ ، وكما لو ضَمِنَ دَيْنًا لِرَجُلَيْنِ ، فَوَفَّى أَحَدَهما حَقَّهُ .

فصل : وتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الكَفالةِ إلى رِضَى الكَفِيلِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُهُ الحَقُّ ابْتِدَاءً إلَّا[٣٦] بِرِضَاهُ ، ولا يُعْتَبَرُ رِضَى المَكْفُولِ له ؛ لأَنَّها وَثِيقَةٌ له لا قَبْضَ فيها ، فصَحَّتْ من غيرِ رِضَاهُ ، كالشَّهَادَةِ ، ولأنَّها الْتِزَامُ حَقٍّ له من غير عِوَضٍ ، فلم يُعْتَبَرْ رِضَاهُ فيها ، كالنَّذْرِ ، فأمَّا رِضَى المَكْفُولِ له ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يُعْتَبَرُ ، كالضَّمانِ . والثانى ، يُعْتَبَرُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأَنَّ مَقْصُودَها إحْضَارُه ، فإذا[٣٧] تَكَفَّلَ بغيرِ إذْنِه ، لم يَلْزَمْهُ الحُضُورُ معه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لِنَفْسِه حَقًّا عليه ، وهو الحُضُورُ معه من غيرِ رِضَاهُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أَلْزَمَهُ الدَّيْنَ ، وفَارَقَ الضَّمَانَ ، فإنَّ الضَّامِنَ يَقْضِي الحَقَّ ، ولا يَحْتَاجُ إلى المَضْمُونِ عنه . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ ، متى كانت الكَفَالَةُ بإذْنِه ، فأرَادَ الكَفِيلُ إحْضَارَه ، لَزِمَهُ الحُضُورُ معه ؛ لأنَّه شَغَلَ ذِمَّتَهُ من أَجْلِه بإذْنِه ، فكان عليه تَخْلِيصُها ،

---

(٣١) فى ا ، ب ، م : « أبرئ » .

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) فى ب : « كفل » .

(٣٤) فى م : « واحد » .

(٣٥) فى الأصل ، ا ، م : « لآخر » .

(٣٦) سقط من : ب ، م .

(٣٧) فى م : « وإن » .

كما لو استعار عَبْدَه فرهَنَهُ بإذْنِه ، كان عليه تَخْليصُه إذا طَلَبَهُ سَيِّدُه . وإن كانت الكَفالَةُ بغير إذْنِه نَظَرْنَا ؛ فإن طَلَبَهُ المَكْفُولُ له منه ، لَزِمَهُ أن يَحْضُرَ معه ؛ لأنَّ حُضُورَه حَقٌّ لِلْمَكْفُولِ له ، وقد استَنَابَ الكَفِيلَ فى / طَلَبِه . وإن لم يَطْلُبْهُ المَكْفُولُ له ، لم يَلْزَمْهُ أن يَحْضُرَ معه ؛ لأنَّه لم يُشْغِلْ ذِمَّتَهُ ، وإنَّما الكَفِيلُ شَغَلَها بِاخْتِيَارِ نَفْسِه ، فلم يَجُزْ أن يَثْبُتَ له بذلك حَقٌّ على غيرِه . وإن قال المَكْفُولُ له : أَحْضِرْ كَفِيلَكَ . كان تَوْكِيلًا فى إحْضَارِه ، ولَزِمَهُ أن يَحْضُرَ معه ، كما لو وَكَّلَ أجْنَبِيًّا . وإن قال : اخْرُجْ من كَفَالَتِكَ . احْتَمَلَ أن يكونَ تَوْكِيلًا فى إحْضَارِه ، كاللَّفْظِ الأَوَّلِ ، ويَحْتَمِلُ أن تكونَ مُطَالَبَةً بالدَّيْنِ الذى عليه ، فلا يكون تَوْكِيلًا ، فلا يَلْزَمُه الحُضُورُ معه .

١٣١/٤و

فصل : وإذا قال رَجُلٌ لآخَرَ : اضْمَنْ عن فُلَانٍ . أو اكْفُلْ بِفُلَانٍ . ففَعَلَ ، كان الضَّمانُ والكَفالةُ لَازِمَيْنِ لِلْمُبَاشِرِ دون الآمِرِ ؛ لأنَّه كَفَلَ [٣٨] بِاخْتِيَارِ نَفْسِه ، وإنَّما الأَمْرُ إرْشَادٌ وحَثٌّ على فِعْلِ خَيْرٍ ، فلا يَلْزَمُه به بشىءٌ .

٨٢٦ – مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ مَاتَ ، بَرِئَ المُتَكَفِّلُ**)

وجملتُه أنَّه إذا ماتَ المَكْفُولُ به ، سَقَطَتِ الكَفالةُ ، ولم يَلْزَم الكَفِيلَ شَىْءٌ . وبهذا قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وحَمَّادُ بن أبى سليمانَ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال الحَكَمُ ، ومَالِكٌ ، واللَّيْثُ : يَجِبُ على الكَفِيلِ غُرْمُ ما عليه . وحُكِىَ ذلك عن ابنِ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّ الكَفِيلَ وَثِيقَةٌ بحَقٍّ [١] ، فإذا تَعَذَّرَتْ من جِهَةِ من عليه الدَّيْنُ ، اسْتَوْفَى من الوَثِيقَةِ كالرَّهْنِ ، ولأنَّه تَعَذَّرَ إحْضَارُه ، فلَزِمَ كَفِيلَهُ [٢] ما عليه ، كما لو غَابَ . ولَنا ، أنَّ الحُضُورَ سَقَطَ عن المَكْفُولِ به ، فبَرِئَ الكَفِيلُ ، كما لو بَرِئَ مِن الدَّيْنِ ، ولأنَّ ما الْتَزَمَهُ من أجْلِه سَقَطَ عن الأَصْلِ ، فبَرِئَ الفَرْعُ ، كالضَّامِنِ إذا قَضَى المَضْمُونُ عنه الدَّيْنَ ، أو أُبْرِئَ

---

(٣٨) فى الأصل ، ب : « كفيل » .

(١) فى الأصل : « بحقه » .

(٢) فى الأصل : « الكفيل » .

منه ، وفَارَقَ ما إذا غَابَ ، (٣فإنَّ الحُضُورَ٣) لم يُسْقِطْ عنه ، ويُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ فإنَّه عُلِّق به المالُ ، فَاسْتُوفِيَ منه .

فصل : إذا قال الكَفِيلُ : قد بَرِئَ المَكْفُولُ به من الدَّيْنِ ، وسَقَطَتِ الكَفَالَةُ . أو قال : لم يكُنْ عليه دَيْنٌ حين كَفَلْتُه . فأنْكَرَ المَكْفُولُ له ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الكَفَالَةِ وبَقَاءُ الدَّيْنِ ، وعليه اليَمِينُ ، فإن نَكَلَ ، قُضِيَ عليه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُسْتَحْلَفَ فيما إذا ادَّعَى الكَفِيلُ أنَّه تَكَفَّلَ بمن لا دَيْنَ عليه ؛ لأنَّ الكَفِيلَ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِه فيما[٤] ادَّعَاهُ ، فإنَّ مَن كَفَلَ بِشَخْصٍ مُعْتَرِفٌ بِدَيْنِه في الظَّاهِرِ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ ما ادَّعَاهُ مُحْتَمِلٌ .

١٣١/٤ظ **فصل** : وإذا قال المَكْفُولُ له / لِلْكَفِيلِ : أَبْرَأْتُكَ من الكَفَالَةِ . بَرِئَ ؛ لأنَّه حَقُّه ، فيَسْقُطُ بإسْقَاطِه ، كالدَّيْنِ[٥] . وإن قال : قد بَرِئْتَ إلَيَّ منه . أو قد رَدَدْتَهُ إلَيَّ . بَرِئَ أيضا ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ بوفَاءِ الحَقِّ ، فهو كما لو اعْتَرَفَ بذلك في الضَّمانِ . وكذلك إذا قال[٦] : بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي كَفَلْتَ به . ويَبْرَأُ الكَفِيلُ في هذه المَوَاضِعِ دون المَكْفُولِ به . ولا يكونُ إقْرَارًا بِقَبْضِ الحَقِّ . وهذا قول محمدِ بن الحَسَنِ . وقيل : يكونُ (٧إقْرَارًا فيما يَقْتَضِي الحَقُّ٧) إقْرَارَه ، فيما إذا قال : بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي كَفَلْتَ به . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ بَرَاءَتُه بدون قَبْضِ الحَقِّ ، بإبْرَاءِ المُسْتَحِقِّ ، أو مَوْتِ المَكْفُولِ به . فأمَّا إن قال لِلْمَكْفُولِ به : أَبْرَأْتُكَ عمَّا لي قِبَلَكَ من الحَقِّ . أو بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي قِبَلَكَ . فإنَّه يَبْرَأُ من الحَقِّ ، وتَزُولُ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه لَفْظٌ يَقْتَضِي العُمُومَ في كلِّ ما قبلَه . وإن قال : بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي كَفَلَ به فُلَانٌ . بَرِئَ ، وبَرِئَ كَفِيلُه .

(٣ – ٣) سقط من : ب .

(٤) في ب زيادة : « إذا » .

(٥) في الأصل ، ا ، م : « الدين » .

(٦) في ب زيادة : « له » .

(٧ – ٧) سقط من : ا ، م .

فصل : وإذا كان لِذِمِّيٍّ على ذِمِّيٍّ خَمْرٌ ، فكَفَلَ به ذِمِّيٌّ آخرُ ، ثم أَسْلَمَ المَكْفُولُ له أو المَكْفُولُ عنه ، بَرِئَ الكَفِيلُ والمَكْفُولُ عنه . وقال أبو حنيفةَ : إذا أَسْلَمَ المَكْفُولُ عنه ، لم يَبْرَأْ واحدٌ منهما ، ويَلْزَمُهما قِيمَةُ الخَمْرِ ؛ لأنَّه كان وَاجِبًا ، ولم يُوجَدْ إسْقَاطٌ ولا اسْتِيفَاءٌ ، ولا وُجِدَ من المَكْفُولِ له ما يُسْقِطُ حَقَّهُ ، فبَقِىَ بحَالِه . ولَنا ، أنَّ المَكْفُولَ به مُسْلِمٌ ، فلم يَجِبْ عليه الخَمْرُ ، كما لو كان مُسْلِمًا قبلَ الكَفَالَةِ . وإذا بَرِئَ المَكْفُولُ به ، بَرِئَ كَفِيلُه . كما لو أدَّى الدَّيْنَ أو أُبْرِئَ[8] منه ، ولأنَّه لو أَسْلَمَ المَكْفُولُ له ، بَرِئَا جَمِيعًا ، فكذلك[9] إذا أَسْلَمَ المَكْفُولُ به . وإن أَسْلَمَ الكَفِيلُ وَحْدَه ، بَرِئَ من الكَفَالَةِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ وُجُوبُ الخَمْرِ عليه وهو مُسْلِمٌ .

فصل : فإذا قال : أَعْطِ فُلَانًا أَلْفًا . ففَعَلَ[10] ، لم يَرْجِعْ على الآمِرِ ، ولم يكُنْ له[11] ذلك كَفَالَةً ، ولا ضَمَانًا ، إلَّا أن يقول : أَعْطِه عَنِّى .[12] وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ عليه إذا كان خَلِيطًا له ؛ لأنَّ العادَةَ أن يَسْتَقْرِضَ من خَلِيطِه . ولَنا ، أنَّه لم يَقُلْ : أَعْطِه عَنِّى[12] . فلم يَلْزَمْهُ الضَّمانُ ، كما لو لم يكن خَلِيطًا . ولا يَلْزَمُ إذا كان له عليه مَالٌ ، فقال : أَعْطِه فُلَانًا . حيث يَلْزَمُه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه لأَجْلِ هذا القولِ ، بل لأنَّ عليه حَقًّا يَلْزَمُه أداؤُه .

فصل : إذا كانت السَّفِينَةُ فى البَحْرِ ، وفيها مَتَاعٌ ، / فخِيفَ غَرَقُها ، فأَلْقَى بعضُ مَن فيها مَتاعَهُ فى البَحْرِ لِتَخِفَّ ، لم يَرْجِعْ به على أحَدٍ ، سواءٌ أَلْقَاهُ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ أو مُتَبَرِّعًا ؛ لأنَّه أَتْلَفَ مَالَ نَفْسِه باخْتِيَارِه من غيرِ ضَمَانٍ . فإن قال له بعضُهم : أَلْقِ مَتَاعَكَ . فأَلْقَاهُ فكذلك ؛ لأنَّه لا[13] يُكْرِهُهُ على إلْقَائِه ، ولا ضَمِنَ له . وإن قال : أَلْقِه ، ‏ ١٣٢/٤و

(٨) فى ا ، م : « أبرأه » .
(٩) فى الأصل ، ا ، م : « وكذلك » .
(١٠) سقط من : الأصل .
(١١) سقط من : الأصل .
(١٢ – ١٢) سقط من : ب .
(١٣) فى ب : « لم » .

وعَلَىَّ ضمَانُه . فألْقَاهُ ، فعلى القَائِل ضَمَانُه . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ ؛ لأنَّ ضَمانَ ما لم يَجِبْ صَحِيحٌ . وإن قال : ألْقِه ، وأنا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضُمَنَاءُ له . ففعَلَ . فقال أبو بكرٍ : يَضْمَنُه[14] القَائِلُ وَحْدَه ، إلَّا أن يَتطَوَّعَ بَقِيَّتُهم . قال القاضى : إن كان ضَمَانَ اشْتِرَاكٍ ، فليس عليه إلَّا ضَمَانُ حِصَّتِه ؛ لأنَّه لم يَضْمَن الجَمِيعَ ، إنَّما ضَمِنَ[15] حِصَّتَه ، وأخْبَرَ عن[16] سَائِرِ رُكْبَان السَّفِينَةِ بِضَمَانِ سَائِره ، فلَزِمَتْهُ حِصَّتُه ، ولم يُقْبَلْ قولُه فى حَقِّ البَاقِينَ ، وإن كان ضَمَانَ اشْتِرَاكٍ وانْفِرَادٍ ، بأن يقولَ : كلُّ واحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لك مَتاعَكَ أو قِيمَتَه . لَزِمَ القَائِلَ ضَمَانُ الجَمِيعِ ، وسواءٌ قال هذا والبَاقُونَ يَسْمَعُونَ فسَكَتُوا ، أو قالوا : لا نَفْعَلُ . أو لم يَسْمَعُوا ؛ لأنَّ سُكُوتَهم لا يَلْزَمُهم به حَقٌّ .

فصل : قال مُهَنَّا : سَألْتُ أحمدَ ، عن رجلٍ له على رجلٍ ألْفُ دِرْهَمٍ ، فأقامَ بها كَفِيلَيْنِ ، كلُّ واحِدٍ منهما كَفِيلٌ ضَامِنٌ ، فأيُّهما شاءَ أخَذَهُ بِحَقِّه ، فأحَالَ رَبُّ المالِ عليه رَجُلًا بِحَقِّه ؟ فقال : يَبْرَأُ الكَفِيلَانِ . قلتُ : فإن مَاتَ الذى أحَالَهُ عليه بالحَقِّ ولم يَتْرُكْ شيئا ؟ قال : لا شىءَ له ، ويَذْهَبُ الألْفُ .

---

(١٤) فى ب : « ضمنه » .

(١٥) فى ب : « يضمن » .

(١٦) فى الأصل : « على » .